

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 M.^a 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 venta fuera de establecimiento mercantil y su relación con los supuestos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999», por MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS	2233
«La obligación derivada de la cofianza», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES.	2257
«Vocación y delación de la herencia», por JUAN-FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES	2279
«La registración inmobiliaria en el proyecto de reformas al Código Civil argentino», por LILIA NOEMI DIEZ	2307
«Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	2327
«La vigencia, la prórroga y la caducidad de la anotación preventiva judicial en el Registro de la Propiedad y el nuevo artículo 86 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», por JOSÉ MARTÍN PASTOR	2389

DICTAMENES Y NOTAS

«Adoptio, semper reformanda est», por GABRIEL GARCÍA CANTERO	2437
«Algunas ideas sobre el ámbito de la anotación de demanda», por JOSÉ POVEDA DÍAZ	2455

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2469
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2477
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JACINTO DE CASTRO GARCÍA	2483
B) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y MATÍAS GIMÉNEZ ROCHAS	2490

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	2509
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2526
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2533

2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	2554
---	------

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Historia de la propiedad en España. Siglos xv-xx», de MAXIMILIANO BARRIO GONZALO y otros, por M. ^a DEL CARMEN CORRAL GUÓN	2567
«Operación Jovellanos. Propuesta de reforma para la agricultura española», de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2569
«Derecho Civil. Obligaciones y contratos», de M. ^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2570
«Derechos Civiles de España», de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2587
«Cuestiones sobre responsabilidad civil», de M. ^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA y otros, por JOSÉ M. ^a CORRAL GUÓN	2592

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2597
--	------

ESTUDIOS

La venta fuera de establecimiento mercantil y su relación con los supuestos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999 (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LA SENTENCIA DEL TJCE DE 22 DE ABRIL DE 1999.—3. COMENTARIO: ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA ESTA SENTENCIA: 3.1. ¿POR QUÉ ES APLICABLE LA DIRECTIVA DE 1985? ¿EN BASE A QUÉ ARGUMENTOS? 3.2. ¿QUÉ ENTENDER POR «FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL»? 3.3. ¿POR QUÉ NO SE ALEGÓ LA NORMATIVA SOBRE APROVECHAMIENTO POR TURNO? 3.4. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO. 3.5. ¿CUÁL ES EL TRASFONDO O LA FILOSOFÍA QUE SUBYACE EN ESTA SENTENCIA?—4. CONCLUSION.

1. INTRODUCCION

Como ya se ha puesto de manifiesto en multitud de ocasiones, las vacaciones que disfrutamos hoy día han cambiado de naturaleza desde hace algunas décadas como rasgo y reflejo de una sociedad ya casi extinguida (2): la vida se alarga pero, curiosamente, las vacaciones se acortan. El mundo del

(1) Asunto C-423/97. Travel Vac S.L. contra Manuel José Anteln Sanchís (aún no publicada en la recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).

(2) En este sentido, véase PAU PEDRÓN en el prólogo de la edición de *La legislación sobre multipropiedad*. Ed. Tecnos. Madrid, 1999.

trabajo es cada día más absorbente y son pocos los países —entre los que aún se encuentra España— donde aún se puede hablar del «mes de vacaciones», porque lo normal va siendo tener como período de descanso dos o tres semanas a lo sumo.

España, por sus excepcionales características de diversidad de cultura y de climatología, es uno de los primeros países receptores del sistema de los inmuebles aprovechados por turno y, por ello, se ha hecho fundamental, dadas las demandas de este sistema y los fraudes de que han sido objeto los consumidores, una regulación que solucionara los numerosos problemas de toda índole que esta nueva figura ha planteado (3). Que esto es así nos lo demuestra la interesante sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 22 de abril de 1999, sentencia curiosa en el ámbito del Derecho Privado por los pronunciamientos que acoge, ya que, por un lado, con un trasfondo indudable de protección al consumidor, en el caso concreto, da pie para el estudio de diversas cuestiones y, por otro, superado el asunto específico que se estudia, nos hace pensar en la extrapolación de la filosofía en la que se asienta a otras situaciones distintas que se pudieran presentar.

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LA STJCE DE 22 DE ABRIL DE 1999

Esta sentencia trata de dar respuesta a unas cuestiones prejudiciales presentadas, mediante auto, por un Juzgado de Primera Instancia de Valencia. Tales cuestiones se referían, en concreto, a la interpretación de la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

El litigio se suscitó entre la sociedad Travel Vac y el señor Anteln Sanchís, y versaba sobre el derecho de este último a renunciar a los efectos del compro-

(3) Como afirma O'CALLAGHAN, uno de los pioneros en el estudio de esta materia, de su naturaleza jurídica y de los derechos de los consumidores de este sistema, a este fenómeno se le sigue considerando nuevo cuando lleva más de treinta años presente en la realidad social y jurídica europea («De nuevo sobre la multipropiedad», en *AC*, 1994-1, ref. 1). Fenómeno que se ha hecho importante para la economía española y que supone, como afirma HERNÁNDEZ ANTOLÍN, una forma de inversión que debe ser fomentada. Pero para ello se ha de terminar con las prácticas viciosas o formas patológicas de la multipropiedad que tantos recelos han suscitado porque, para el adquirente, se trata de una forma muy apropiada para acceder a una residencia cuando se tiene una economía de limitados medios y escaso tiempo de descanso, y para el Estado receptor asegura un flujo constante de turistas para una determinada zona, la estabilidad de las inversiones y de los puestos de trabajo («El fenómeno de la multipropiedad y del tiempo compartido: estudio práctico en la legislación vigente y en la proyectada legislación», en *RCDI*, 1995, págs. 2047 y sigs.).

miso asumido en virtud de un contrato celebrado entre ambas partes por el que el señor Antelm adquiriría un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido junto a un derecho a disfrutar de determinados servicios. El valor inmobiliario ascendía a 285.000 pesetas e iba referido a una cincuentaunava parte de la propiedad del apartamento, dando derecho al uso exclusivo del mismo durante la decimonovena semana del año civil. El precio restante, esto es, el precio total menos el valor inmobiliario, comprendía —según el contrato— el IVA, la utilización del mobiliario y la afiliación a la organización RCI (Resort Condominium International) que permitía al adquirente el intercambio de los derechos de estancia y la utilización de las instalaciones comunes a la urbanización. El contrato, celebrado el 14 de septiembre de 1996, en un complejo turístico de Denia por invitación de la empresa citada con sede en Valencia, preveía la posibilidad de promover su resolución en el plazo de siete días previa notificación fehaciente y depósito del 25 por 100 del precio total en concepto de daños y perjuicios. A los tres días, el señor Antelm se presentó en las instalaciones de la vendedora para manifestar, verbalmente, su renuncia al contrato celebrado. El 22 de noviembre de 1996, Travel Vac demandó en juicio ejecutivo al señor Antelm por impago de una letra de cambio de 90.000 pesetas, aceptada por éste a la firma del contrato.

Las cuestiones prejudiciales, presentadas por el Juzgado español, hacen referencia resumidamente a las siguientes:

La primera y la segunda inquieren sobre la posibilidad de aplicar la Directiva comunitaria de 1985 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles a un contrato de «multipropiedad». Y si en el caso de exclusión de éste podría, sin embargo, ser aquella norma aplicable a un supuesto como el presentado, que supone no sólo un contenido inmobiliario sino también un contenido de servicios y prestaciones obligacionales.

En la tercera se plantea cómo interpretar la expresión «adquisición fuera de establecimiento mercantil». Es decir, si el complejo turístico al que se invitó al consumidor entra dentro del artículo 1.º-1 primer inciso de la Directiva, habida cuenta que el domicilio de la empresa Travel Vac estaba situado en la ciudad de Valencia.

En la cuarta se pregunta al Tribunal sobre el derecho de renuncia y si este derecho encuentra su teleología en una presunción de manipulación o mediatización sobre la voluntad del comprador-consumidor.

La quinta cuestión dirigida al Tribunal versa sobre si la notificación ha de ser expresa o si puede consistir la renuncia en actos concluyentes e indubitados, como sería el caso de no presentarse en el Banco para firmar la ratificación y personarse en los locales del vendedor en Valencia, poniendo verbalmente de manifiesto «que todo queda sin efecto y que se les devuelva los documentos suscritos por el consumidor».

Y, por último, la sexta va referida al problema de la cláusula penal en caso de renuncia. En concreto, se pide al órgano jurisdiccional que dilucide si la Directiva de 1985 se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho a renuncia.

En cuanto a la primera y a la segunda cuestión, el demandante considera que la Directiva de 1985 no es aplicable al caso porque para su resolución se tendría que estar al ámbito de la Directiva 1994/47/CEE sobre utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Para justificar la aplicación de la norma de 1985, el demandado alega que el contrato de multipropiedad que había suscrito conllevaba, no sólo un derecho relativo a los bienes inmuebles sino también a la prestación de servicios y, así, al considerar que los derechos mobiliarios tenían un valor superior a los inmobiliarios, el supuesto cabría dentro del ámbito de la Directiva de 1985.

En cuanto a la tercera cuestión, el demandado considera que efectivamente adquirió fuera de establecimiento comercial —en concreto en uno de los bajos del complejo turístico alquilado al efecto para la promoción y venta— en donde se le entregaron varios regalos prometidos y le obsequiaron con diversas bebidas. El contrato, en definitiva, entraría dentro de lo que la Ley indica como celebrado durante una excursión donde se presentan los productos y servicios que se ofrecen.

Por lo que se refiere a la renuncia, cuarta cuestión prejudicial, y teniendo como presupuesto la aplicabilidad de la Directiva de 1985, según el adquirente se presenta como un derecho incondicional por ser un medio de protección del consumidor y por ello no se hace necesario demostrar que fue manipulado por el comerciante para que aquél opere. Su ejercicio no depende del dolo del comerciante ni de su intención de manipular al consumidor, sino que basta con que éste se encuentre en la situación objetiva descrita en el artículo 1.º de la Directiva. En cuanto a la notificación de la renuncia, no se considera necesario, para su validez, que esté sujeta a forma alguna: por su carácter protector la norma debe ser merecedora de una interpretación amplia. Y por último, se afirma que no puede existir indemnización por renuncia porque se trata de un derecho legalmente otorgado. Tal indemnización equivaldría a pagar por el único motivo de ejercer el derecho legal de renuncia.

Las conclusiones a que llega el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pueden resumir en las siguientes que a continuación se exponen:

1.ª Se aplica la Directiva de 1985 cuando se trata de un contrato que tiene por objeto la adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de aprovechamiento por turno y la prestación de servicios y uti-

lización de mobiliario cuyo valor es superior al del derecho de utilización del inmueble.

2.^a El contrato está celebrado en lugar distinto al del establecimiento donde el comerciante ejerce habitualmente sus actividades, durante una excursión organizada en el que aquél invitó al consumidor a personarse en un lugar determinado.

3.^a El consumidor puede ejercer su derecho de renuncia, previsto en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 85/577, cuando el contrato se ha celebrado en circunstancias como las descritas en el artículo 1 de dicha Directiva, sin que sea preciso demostrar que el comerciante influyó en el consumidor o lo manipuló.

4.^a La Directiva de 1985 no contiene obligación en cuanto a cómo (o en qué forma) se ha de realizar la notificación.

5.^a La Directiva de 1985 se opone a aquellas cláusulas por las que el consumidor deba pagar una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante en base al único motivo de haber ejercitado su derecho a la renuncia.

3. COMENTARIO: ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA ESTA SENTENCIA

A la vista de las conclusiones que se acaban de apuntar, podemos acercarnos a los problemas más interesantes que se desprenden de esta sentencia y que podrían quedar comprendidos en los siguientes interrogantes: ¿Es verdaderamente aplicable la Directiva de 1985 a este supuesto? ¿En base a qué específicos argumentos? ¿Por qué no se hace referencia a la Ley española de 1991 sobre ventas realizadas fuera de establecimientos mercantiles? ¿Por qué no se alega ni se aplica la Directiva de 1994 sobre aprovechamiento por turno? ¿Cómo entender el derecho a la renuncia y cómo notificarla? Y por último, en el momento actual de nuestra legislación, ¿son excluyentes (incompatibles) las Directivas de 1985 y de 1994, y por tanto las leyes internas españolas de 1991 y de 1998 que desarrollan, respectivamente, aquéllas?

Veamos, entonces, cada uno de estos interrogantes, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las conclusiones a que llega la sentencia y las apreciaciones del Abogado General, señor Siegbert Alber.

3.1. ¿POR QUÉ ES APLICABLE LA DIRECTIVA DE 1985? ¿EN BASE A QUÉ ARGUMENTOS?

Desde luego, llama la atención que se alegue, para la resolución de este caso, la posible aplicación de la Directiva de 1985, relativa a ventas fuera de

establecimientos mercantiles. Y llama la atención porque desde 1991 existe en España una Ley interna (Ley 26/1991, de 21 de noviembre) de incorporación al Derecho español de la mencionada Directiva. ¿Por qué, entonces, el Juez español suscita ante el Tribunal de Luxemburgo la posible aplicación de la Directiva de 1985? Creemos que la explicación reside en que el Juez español, ante este supuesto en concreto, duda y no tiene clara la interpretación que habría que dar a la Ley española de 1991, en cuanto a su ámbito de aplicación y, en concreto, si este supuesto de multipropiedad cabría dentro de él. Ciertamente, la Ley española de 1991, en su artículo 2.1, excluye de su ámbito a «los contratos relativos a la construcción, venta y arrendamiento de bienes inmuebles o que tengan por objeto algún otro derecho sobre los mismos». Y este pronunciamiento es también recogido por la Directiva comunitaria de 1985 en su artículo 3.2.a). Se pretende, por tanto, una decisión del Tribunal de Justicia sobre si dicha exclusión afecta a los supuestos de multipropiedad en general y a éste en particular (porque, curiosamente, en el contrato que se celebró se indicaba que el mismo tenía, no sólo un objeto inmobiliario, sino también un contenido de servicios y derechos puramente obligacionales), ya que, como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (4), el primer criterio de integración frente a una laguna normativa o de interpretación de una cuestión que no ha quedado clara en una ley promulgada para incorporar una Directiva, es la propia Directiva porque en eso consiste propiamente «la interpretación conforme a Directiva».

Realmente, el ámbito de aplicación de la Directiva de 1985 y, por ende, de la Ley española de 1991, en lo que se refiere a estos contratos, ha sido objeto de profundo debate y discusión, que se sigue, en cierta medida, produciendo en la actualidad. Así, LLOBET I AGUADO no entiende la exclusión de los contratos relativos a inmuebles, pues precisamente en esos supuestos el perjuicio económico causado al consumidor puede ser muy elevado. Y menciona expresamente el caso de la multipropiedad: «el consumidor, bien en su domicilio, bien en un lugar preparado *ad hoc* por el empresario (fuera de su establecimiento) se ve aturrido y deslumbrado por la gran cantidad de datos que se le ofrecen en breve tiempo, viéndose “seducido” a prestar un consen-

(4) En este sentido es fundamental destacar la sentencia de 13 de noviembre de 1990. *Marleasing contra La Comercial*. C-106/89. En ella se recuerda «la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado que la Directiva prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, que se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales». El Tribunal impone al juez nacional como poder del Estado que interprete su derecho nacional a la luz de la letra y de la *finalidad* de la Directiva para obtener el efecto útil buscado por dicha Directiva.

timiento que, en condiciones normales, no habría prestado» (5). Es cierto que, normalmente, en la compra de inmuebles el adquirente se piensa con «tranquilidad» el paso que va a dar. Pero en los casos de multipropiedad, con las técnicas de ventas empleadas (llamadas telefónicas incesantes, correo diario con promesas de regalos, de estancias pagadas, etc...), disminuye en el sujeto, porque está prácticamente subyugado, su capacidad para percibir a lo que realmente está comprometiéndose.

El Consejo Económico y Social propuso la desaparición de esta exclusión en la aplicación de la Directiva respecto a los bienes inmuebles. La Comisión, sin embargo, la mantuvo argumentando que tal cuestión sería objeto de legislación específica, afirmación que ha sido cuestionada, con razón, por la doctrina (6); y es que la protección del consumidor debe abarcar los aspectos y ámbitos más amplios posibles y el argumento de una futura legislación específica no debería detener tal protección.

Está claro que la Directiva especifica los contratos relativos a bienes inmuebles que quedan sustraídos a su régimen: construcción, venta, alquiler, así como los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles como un derecho de usufructo, una servidumbre o la constitución de una hipoteca. No se menciona expresamente el supuesto de la multipropiedad, pero no cabe duda de que, en principio, habría que entenderlo incluido en esa enumeración meramente indicativa. Y más ahora, desde nuestra perspectiva, ya que la reciente ley española sobre el derecho de aprovechamiento por turno, de 15 de diciembre de 1998, le atribuye la naturaleza de derecho real limitado —salvo su configuración como arrendamiento con las circunstancias del art. 1.6 de la Ley— (7). Efectivamente, el artículo 1.º de la mencionada Ley

(5) «El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/91, de 21 de noviembre, sobre protección de consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales», en *RGD*, 1995, págs. 148 y 149.

(6) Así, BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección a los consumidores*, Barcelona, 1994, págs. 91-92.

(7) El carácter de derecho real limitado se consideró por el legislador como el modo en que mejor podían protegerse los derechos de los consumidores, pues se contaba para ello con todos los mecanismos de un derecho real. No es, ni parece conveniente que lo sea, un derecho de propiedad; no es tampoco un derecho de habitación desnaturalizado como se configura en el Derecho portugués; no es el arrendamiento del Derecho griego y no es el contrato de sociedad del Derecho francés. Es un derecho nuevo, atípico al que se le dota de carácter real por seguridad jurídica y porque es lo menos complejo desde el punto de vista jurídico. En este sentido se manifiestan MUNAR BERNAT, *Reflexiones sobre algunos aspectos del derecho real de aprovechamiento por turno. La nueva opción legislativa en materia de multipropiedad*, pág. 73, y PAU PEDRÓN, «El derecho real de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998», pág. 77, dentro de la monografía *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Madrid, 1999. Igualmente, LINARES NOCI, «Algunas consideraciones sobre la multipropiedad», en *RDP*, septiembre 1996, pág. 638. Por lo que se refiere a la posible naturaleza personal de este derecho en

define a esta figura como un derecho real limitado (nuevo, atípico hasta ahora) que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo y durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente, por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en que estuviera integrado, y que está dotado de modo permanente con el mobiliario adecuado al efecto y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Por ello, PAU PEDRÓN afirma que, en síntesis, los elementos del derecho de aprovechamiento por turno son dos: facultad de disfrute periódico y disponibilidad de mobiliarios y servicios (8).

Por tanto, insistimos en que no hay duda de que nos encontramos ante un derecho sobre un bien inmueble, pero también es cierto que junto a él se configura otro —necesario para lograr y alcanzar el disfrute que reporta aquél— sobre el mobiliario y sobre la prestación de servicios que son «complementarios» del primero. Y aquí reside el núcleo de la cuestión del caso que comentamos. En el contrato celebrado por el consumidor y la empresa se determinaba claramente que el contenido del contrato estaba integrado por un derecho de disfrute periódico sobre el inmueble y por unos derechos sobre el mobiliario y la prestación de servicios cuya valoración suponía un importe muy superior de los segundos sobre el primero. Hoy, con la Ley española de aprovechamiento por turno en la mano, creemos que sería difícil la diferenciación de la parte de precio que va referida a uno y otro elemento del derecho. Y ello porque, precisamente, son elementos complementarios e interdependientes para la misma existencia de aquél. Esto, sin embargo, no estaba en absoluto claro en el momento de celebrarse el contrato, ya que, si bien existía la Directiva sobre multipropiedad desde 1994, ni definía la naturaleza de este derecho (cosa que dejaba a los Ordenamientos internos) ni se había cumplido el plazo de transposición de la norma comunitaria al Derecho español. Ante tal situación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró, teniendo en cuenta las conclusiones del Abogado General (9), que era aplicable la Directiva de 1985 en base a un criterio extensivo de su ámbito de aplicación, que favorece, en definitiva, la finalidad última a que responde la Directiva que es la protección al consumidor. Por ello es por lo

virtud del artículo 1.6, algunos autores, como SÁNCHEZ-CÍA, consideran que se ha tratado de una decisión más política que jurídica (*Multipropiedad, timesharing y aprovechamiento por turno*, Madrid, 1999, pág. 78). Otros autores consideran que la configuración como derecho personal significa, no tanto que sea posible encauzar a través de ese tipo contractual el derecho relativo a la utilización de un inmueble durante un período determinado de años, cuanto que si se intenta eludir la aplicación de la norma mediante la apelación a esta estructura obligacional, se producirá el sometimiento a la norma. Así, MUNAR BERNAT, *ob. cit.*, pág. 72.

(8) *La legislación...*, cit., pág. 11.

(9) Conclusiones del Abogado General señor Siegbert Alber presentadas el 26 de noviembre de 1998. *Travel Vac contra Anteln Sanchfs*. Asunto C-423-97.

que, al no quedar clara la Ley española de 1991 (respecto a su art. 2.2) acerca de este concreto supuesto, el Juez español interroga al tribunal comunitario sobre cómo entender el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que su interpretación se hacía fundamental para entender e interpretar igualmente (de acuerdo al Derecho comunitario) la legislación interna española.

Como vemos, todo el problema aquí analizado gira en torno a qué naturaleza se atribuya al régimen de aprovechamiento por turno (10). Actualmente, sabemos que el propietario del inmueble sigue vinculado a él (art. 16 de la Ley de 1998) y, por tanto, lo que éste ofrece no es sólo una titularidad inmobiliaria sino también un servicio durante la existencia del derecho, que es lo que explica la naturaleza necesariamente compleja de esta relación. Es cierto que, como antes decíamos, en el supuesto que analizamos el contrato suscrito desglosaba lo que correspondía por derecho de utilización del inmueble y lo que correspondía por los servicios, constituyendo este último el

(10) Es cierto, como afirma ARRIVAS, que la cuestión surge cuando se intenta dar una configuración jurídica a este fenómeno, y no tanto por una pedante e inútil exigencia de clasificación sino por la indefectible necesidad de diseñar exactamente los derechos y las obligaciones de las partes, y en especial de asegurar la tutela del adquirente en multipropiedad, parte débil en una relación que deriva de una operación de inversión inmobiliaria que consiente a los agentes económicos el realizar grandes ganancias (*La multipropiedad*, Valencia, 1998, pág. 10). Por ello, la atribución legal de la naturaleza de derecho real limitado cierra, al fin, un proceso de discusión prolongado en el tiempo sobre cómo configurar jurídicamente este derecho. Ello ha sido posible gracias a los esfuerzos de la doctrina española que, haciendo frente a este gran caballo de batalla, con exhaustividad y profundidad, ha analizado y desmenuzado las diferentes posibilidades jurídicas. En este sentido, y en relación a los diferentes proyectos, véase PAU PEDRÓN, «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», en *RCDI*, 1988, págs. 9 y sigs., que analiza las distintas posiciones doctrinales existentes hasta ese momento; igualmente SEISDEDOS MUÑOZ, «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español», en *RCDI*, 1990, págs. 421 y sigs., en el que estudia detalladamente la Multipropiedad dentro de los esquemas comunitarios; FERNÁNDEZ APARICIO, «El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo», en *RCDI*, 1998, pág. 1817 y sigs., y MUNAR BERNAT, «El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», en *RCDI*, 1998, págs. 1209 y sigs., que analizan —teniendo en cuenta el Proyecto de Ley— la naturaleza de esta figura dentro de los derechos reales limitados, destacando sus diferencias con los derechos de usufructo, uso y habitación. Hoy día, después de promulgada la Ley de 1998, es interesante destacar las reflexiones del profesor MORENO QUESADA sobre la configuración jurídica del aprovechamiento por turno, pues aclara que siendo un derecho real limitado, «su regulación se encarga de poner de manifiesto que no es lo mismo que derecho real en cosa ajena, puesto que se crea e inscribe cuando pertenece aún al propietario de los alojamientos, y además la reunión en un solo sujeto de la titularidad dominical del bien y del derecho real limitado de su aprovechamiento por turno, no lo extingue: durante su vigencia, pues, no opera la consolidación como modo de extinguirlo». En AA.VV. (Coordinador: don BERNARDO MORENO QUESADA): *Curso de Derecho Civil*, Vol. III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario, Valencia, 1999, pág. 399 en relación a las págs. 44 y sigs.

montante más elevado. Teniendo en cuenta este dato, el Tribunal comunitario considera aplicable, utilizando una clara «vis atractiva» del segundo elemento sobre el primero, la legislación sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles. Pues bien, en nuestro Ordenamiento, el aprovechamiento por turno se ha configurado como un derecho real limitado sobre un inmueble porque, con tal naturaleza, se protege más decisivamente al consumidor (11), pero, junto a esta idea, el legislador reconoce el carácter decisivo de los derechos que acompañan a aquél, relativos a la utilización del mobiliario y a la prestación de servicios que debe suministrar o facilitar el dueño del inmueble. De ahí la importancia, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, para que este derecho atípico sea verdaderamente efectivo, que se otorga a la empresa de servicios, ya que si ésta no funciona o lo hace incorrectamente, el derecho no se podrá utilizar en la práctica y de poco servirá al adquirente que el contenido jurídico del mismo esté en otros aspectos perfectamente determinado. Y, por ello, creemos que en el caso planteado al Tribunal europeo, ante el conflicto que se produce entre «descomponer» el derecho de aprovechamiento por turno (pudiendo aplicar, así, la legislación sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles) o dejar sin protección al consumidor, se debe, sin duda, optar por la primera opción. De todas formas, sobre la decisión adoptada por el Tribunal en este punto, que trata de proteger en todo caso al adquirente, volveremos de nuevo en este comentario.

3.2. ¿QUÉ ENTENDER POR «FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL»?

Otro escollo o interrogante fundamental, para poder aplicar a este supuesto de aprovechamiento por turno la normativa sobre las ventas fuera de los establecimientos mercantiles, se encontraba en que el contrato debía haberse efectuado fuera del establecimiento comercial «en el transcurso de una excursión organizada». ¿Se daba en este caso dicha premisa legal? De los hechos se desprende que el consumidor acudió por sí mismo al complejo turístico donde se iba a efectuar la promoción, complejo que distaba de Valencia, lugar de residencia del consumidor y sede habitual de la empresa, más de 100 kilómetros. A pesar de que el Gobierno español entendió que el bajo donde se iba a celebrar la reunión se podía considerar como establecimiento mercantil, también reconoció que el consumidor había sido incitado a acudir allí para

(11) Como afirma el profesor MORENO QUESADA, la Ley española de 1998 se caracteriza, por un lado, precisamente, por ese carácter tuitivo al consumidor que cuenta con manifestaciones muy concretas (en este sentido la regulación del art. 2.º que contiene una lista de cláusulas que declara nulas) y por otro, para hacer efectiva esa protección por la imperatividad. *Ob. cit.*, pág. 398.

celebrar el contrato, cuando el domicilio de la Empresa Travel Vac se situaba en Valencia. Por su parte, tanto el Abogado General como el Tribunal llegaron a la conclusión de que el contrato —dado el desplazamiento efectuado— se celebró durante una excursión. ¿Fue ésta organizada por el comerciante? Parece ser que fue así, salvo en lo relativo al transporte, que fue efectuado particularmente por el consumidor (lo único que no organizó fue el viaje a Denia) quien, sin embargo, sí que recibió numerosas cartas con apercibimiento de la entrega urgente de un regalo, así como llamadas por teléfono urgiéndole a participar en la reunión que se celebraría en el complejo turístico. La iniciativa y el elemento sorpresa estuvieron siempre del lado del comerciante. Por ello, si no fue una cita normal, si no había posibilidad de reflexionar tranquilamente sobre la celebración del contrato ni de comparar calidad y precio con otras ofertas y entrever las consecuencias de su acto, parece acertado hablar de contrato celebrado con ocasión de una excursión, siempre que la empresa no hubiese establecido allí oficina o sucursal permanente.

3.3. ¿POR QUÉ NO SE ALEGÓ LA NORMATIVA SOBRE «MULTIPROPIEDAD»?

La siguiente cuestión que debemos destacar y estudiar es la relativa a que en el momento de la celebración del contrato se contaba ya con la Directiva comunitaria sobre multipropiedad (Directiva 94/47, de 26 de octubre de 1994) en cuyo artículo 5 se prevé el derecho de desistimiento. Dicha Directiva aún no se había transpuesto al Derecho interno porque no había transcurrido el plazo máximo previsto en la misma para su adaptación. Por tanto, la normativa comunitaria, al tiempo de celebrarse el contrato, aún no era obligatoria. Pero con relación a tal situación se vuelve a plantear el problema del posible efecto horizontal de las Directivas. Sabemos, porque es doctrina firme y hasta ahora inquebrantable, que el Tribunal de Luxemburgo no admite el efecto horizontal de las Directivas comunitarias (12) y sólo acepta el efecto vertical

(12) En este sentido, uno de los casos más claros es el Faccini Dori. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1994 (Paola Faccini Dori/Recreb Srl, C-91-92. Rec. I, pág. 3325). En ella la señorita Faccini había concertado un curso de inglés por correspondencia sin que hubiera habido previa solicitud de ella. Arrepentida de lo contratado, comunicó cuatro días más tarde por carta certificada su deseo de desistir del mismo, invocando la Directiva de 1985 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, no transpuesta aún en el Derecho italiano, aunque ya había transcurrido el plazo. Igualmente, en el caso Marleasing contra La Comercial, sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89, Rec. I, 4135), en la que se alega la Directiva 68/151 no transpuesta en plazo en el Derecho español de acuerdo con la cual la sociedad La Comercial estaría bien constituida. Y, por último, en el caso de El Corte Inglés contra Cristina Blázquez Rivero, sentencia de 7 de marzo de 1996 (C-192/94, Rec. I, pág. 1281), en el que la señora Blázquez había suscrito un contrato de crédito para financiar el precio

entre el particular y el Estado infractor que no ha cumplido con su deber de adaptación de la norma comunitaria en el plazo previsto. El argumento es que la Directiva tiene como destinatario al Estado y no al particular como ocurre con el Reglamento. Pero que esto sea así no impide que la doctrina internacionalista critique esa postura «impermeable» del Alto Tribunal, que «debería, por razones de seguridad jurídica, de transparencia y de respeto a los derechos humanos sin discriminación, declarar que cuando una disposición comunitaria, cualquiera que sea su naturaleza, incluida una Directiva, goza de efectos directos, es suficientemente precisa e incondicional y ha sido publicada en el DOCE, debe desplegar plenitud de efectos jurídicos: crear derechos y obligaciones en las relaciones horizontales y en las relaciones verticales y no sólo derechos frente al Estado mientras éste no transponga correctamente una Directiva» (13).

Es cierto que, en el caso que nos ocupa, no había transcurrido el tiempo previsto en la Directiva de 1994 para su incorporación al Derecho interno español, pero también es cierto que ya ha habido casos —en nuestro Derecho al menos— en que se ha admitido la aplicación de una Directiva comunitaria no incorporada en la que no había transcurrido aún el plazo de incorporación, mediante un procedimiento interno cual es la aplicación de los principios generales del Derecho. Y en este sentido es de mencionar la STS de 20 de julio de 1994 (RA 6518) respecto a la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas. Desde luego el mecanismo nos parece legítimo, porque si en todos los Ordenamientos modernos se afirma hoy, sin fisura, que uno de los principios que los informan es la protección a los consumidores, el Juez que aplica el Derecho y que se encuentra sin normativa interna específica que proteja al consumidor tiene que acudir, por imperativo legal, a ese principio general tuitivo, lo que lleva consigo integrar dentro de él los avances más significativos en esa materia y en particular la normativa comunitaria que deberá transponer el legislador español. Podríamos, entonces, atrevernos a decir que los principios generales del Derecho, junto con la interpretación de la normativa nacional (anterior o posterior) a la luz y con la finalidad que la Directiva prevé, son las vías para adelantar, cuando así se hace necesario, la aplicación de la normativa comunitaria que va destinada a la protección del consumidor, justificando tal afirmación en el derecho de éste a la máxima protección posible y a

de un contrato de viaje turístico, existiendo entre la agencia de viajes El Corte Inglés, S.A. y la entidad financiadora un acuerdo en exclusiva para la concesión del crédito. Por deficiencias en la ejecución del contrato de viaje, la señora Blázquez dejó de abonar los plazos y fue demandada por la entidad financiadora. El Juez español consideró que la demandada podía valerse de la Directiva del crédito al consumo de 22 de diciembre de 1986, que tampoco había sido transpuesta en plazo al Derecho español.

(13) MANGAS MARTÍN y LINÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, 2.ª ed., pág. 214.

la no discriminación respecto de otros ciudadanos europeos cuyos países de origen hayan sido diligentes en la transposición (14).

Pero es que, aparte de lo dicho, encontramos hoy recientes sentencias de nuestros Tribunales que, recogiendo la doctrina más avanzada y progresista, van dejando entrever una línea (aún tímida) que se muestra partidaria del efecto directo de estas normas comunitarias. Así la SAP de Málaga, de 30 de junio de 1997 —si bien en *obiter dictum*— afirma que la Directiva debe aplicarse por el Juez interno, incluso aunque no haya sido alegada por las partes, por el principio de *iura novit curia*, si ha transcurrido el período de transposición. Igualmente, las STS de 5 de julio de 1997 (RA 6151), 28 de noviembre de 1997 (RA 8535) y 20 de febrero de 1998 (RA 604) (15). Pero, sobre todo, llama la atención la SAP de Zaragoza de 4 de noviembre de 1997, en la que en un supuesto de multipropiedad se solicita el desistimiento del contrato alegando la normativa comunitaria. La Sala viene a admitir, con claridad, que ante el vacío legal, y aunque no haya transcurrido el período de transposición, no hay obstáculo para acudir a la doctrina del Tribunal de las Comunidades Europeas sobre los efectos de la aprobación de una Directiva en la interpretación del Derecho nacional: en consecuencia, aplica la Directiva y admite el derecho de rescisión unilateral (16). Por último, sigue esta línea marcada por la juris-

(14) Como botón de muestra, en nuestra jurisprudencia se pueden señalar las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, y 25 de noviembre de 1996; ambas se refieren a cláusulas de sumisión incardinadas en contratos de adhesión perjudiciales para los adherentes. Para proteger al consumidor recurre el TS a utilizar como «criterio interpretativo» del artículo 10 de la LGDCU de 1984, la Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas abusivas. En realidad, como afirman ROLDÁN BARBERO e HINOJOSA MARTÍNEZ, al comentar esta sentencia, «para evitar que se estén aplicando las disposiciones de una Directiva no transpuesta a una relación entre particulares, hubiera sido más conveniente reconocer expresamente que el Juez nacional, en cuanto autoridad del Estado miembro, está obligado a interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y finalidad de la Directiva, lo que le impediría reconocer las consecuencias jurídicas de una cláusula de sumisión jurisdiccional prohibida por una norma comunitaria, en la línea de la STJCE Marleasing» (*Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2, vol. 1, julio/diciembre 1997, pág. 570). Véase, asimismo, el comentario a la sentencia del TS de 1 de enero de 1997, por MORO ALMARAZ y APARICIO VAQUERO, *CCJC*, 1997, ref. 1188, pág. 613.

(15) En todas ellas se afirma: «La jurisprudencia, como ya decía la sentencia de 18 de marzo de 1995 (*RJ* 1995/1964), apunta los problemas del efecto directo de las Directivas no transpuestas en el plazo ordenado: no se produce la automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, pero, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, producen el efecto vertical sobre los Estados y cuando los particulares actúan frente a éstos por no haber transpuesto la Directiva al Derecho interno en el plazo previsto, y también el efecto horizontal, en conflictos entre los particulares si no se ha transpuesto en dicho plazo y contiene normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato».

(16) Esta jurisprudencia reciente ha quedado recopilada por HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «El denominado derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial del timesharing», en *AC*, 1998-3, ref. XXXIII, pág. 817.

prudencia menor, la reciente SAP de Barcelona, de 17 de marzo de 1999 (AC, 1999, ref. 846). En ella, ante un caso de reclamación de nulidad de un contrato de multipropiedad en el que el Juez de instancia no aplica directamente la Directiva comunitaria de 1994, al entender que sus exigencias podían hacerse valer a través de la Ley General de Consumidores y Usuarios, la Sala considera, sin embargo, que aquélla se podía haber aplicado «directamente», dada la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno, lo que conlleva: 1) La obligación del legislador de establecer normas acordes con el mandato comunitario. 2) El deber del Juez español, de aplicar el Derecho Comunitario atendiendo a aquella jerarquía (incluso de oficio). 3) El derecho del ciudadano a que le sea aplicada la normativa comunitaria (singularmente, si le es favorable). Y de lo que no hay duda —argumenta la sentencia— es que en «la Directiva de 1994, la máxima protección al consumidor es una constante, afortunadamente obsesiva, con severas obligaciones para el promotor».

A pesar de lo dicho, debe quedar claro que hoy por hoy parece firme la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre la ausencia de efecto directo horizontal de las Directivas aun cuando haya transcurrido el plazo para su incorporación (17). Por ello, en nuestro caso, el consumidor no podía haber alegado con garantía de éxito esta línea novedosa y progresista para poder desistir del contrato celebrado. No olvidemos que en Derecho español la facultad de renuncia sólo se concede en los supuestos predeterminados legalmente, como ocurre con la Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. La única salida era acudir a las normas que regulan estas situaciones, entendiendo que los contratos relativos a la «multipropiedad» no están excluidos ni de la ley española ni de la Directiva de 1985, cuya interpretación corresponde al Tribunal de Justicia. Insistimos en que esta postura puede parecer ciertamente forzada, pero es innegablemente ingeniosa y sobre todo protectora, que de eso se trataba, de los derechos del consumidor.

3.4. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Llegamos ahora al punto crucial del problema suscitado por esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo: la posibilidad de desistir del contrato.

(17) LETE ACHIRICA afirma que la doctrina del Tribunal de Luxemburgo puede ser tan discutible como se quiera, pero no debe dejarse de lado el hecho de que en la organización judicial del sistema jurídico comunitario existe una relación de cooperación necesaria entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia, que disfruta del monopolio de la interpretación de Directivas comunitarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 164 del TCE («A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, y su aplicación en el Derecho español», en AC, 1998-2, ref. XXII, pág. 269).

Todo lo dicho anteriormente viene a ser el colchón donde pueda asentarse y tener cabida este derecho. Ya mencionábamos que en nuestro Ordenamiento no se recoge el desistimiento como causa de extinción de la obligación. Sólo por obra de la Ley o de la voluntad de los particulares se puede llegar a excepcionar la aplicación del artículo 1.256 del Código Civil, que impide desligarse unilateralmente de los contratos (18). Pero lo que está claro es que la posibilidad de renuncia constituye un derecho clave para la protección de los consumidores en esas ventas que, dadas las agresivas técnicas utilizadas y la escasa y rápida información suministrada, encierran «un especial peligro» para el consumidor. En Derecho español aparece esta facultad ya regulada en la Ley de 1991, por imperativo de la Directiva de 1985, y en la Ley de 1998, por imperativo, a su vez, de la Directiva de 1994 (19). Pero, como sabemos, esta última legislación —en visión de la doctrina y del Tribunal de Luxemburgo— no era alegable y, por tanto, se vio la necesidad de acudir al dato aglutinador y catalizador de que la venta se celebró fuera del establecimiento del comerciante para poder aplicar la legislación existente sobre dicha materia y con ella el derecho a la renuncia, tal y como lo reglamentan la Ley y la Directiva comunitaria. Porque, efectivamente, ese derecho a renunciar, a desistir, estaba contemplado en el contrato que celebró el consumidor con Travel Vac, pero en unas condiciones poco favorecedoras para sus intereses. Resultaba, pues, necesario un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la posible extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a este supuesto de multipropiedad, habida cuenta de la descomposición del contenido del mismo en un derecho sobre la utilización del inmueble y a otro sobre la utilización del mobiliario y de los servicios.

Una vez superado este escollo, se hace posible aplicar el derecho de resolución que la Directiva de 1985 regula. Este derecho o facultad de revocación, como afirma BOTANA GARCÍA, es una figura nueva que supone un mecanismo de reforzamiento del consentimiento para garantizar que éste sea dado de forma clara, reflexiva y veraz. Se trata de un derecho personal limi-

(18) En este sentido, véase la monografía de RODRÍGUEZ MARÍN, *El desistimiento unilateral*, Madrid, 1991, pág. 381. Esta autora, tras un extenso análisis de la figura, llega a la conclusión de proponer la reforma del artículo 1.156 del Código Civil, incorporando el desistimiento unilateral al citado precepto. Aplicado al caso que nos ocupa, CABALLERO LOZANO afirma que esta figura de origen legal encuentra su fundamento y razón en las circunstancias especialísimas que concurren en estos contratos («Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento», en *RDP*, 1994, pág. 1051).

(19) En Derecho español, como afirma SÁNCHEZ-CÍA, al derecho de resolución es, realmente, preferible denominarlo facultad de desistimiento, que es una expresión que acentúa su carácter unilateral e incondicionado y que lo diferencia de la facultad de resolución que se produce en caso de incumplimiento del deber de información del vendedor (*ob. cit.*, pág. 77).

tado en el tiempo —siete días desde que el consumidor ha recibido la información por escrito según la Directiva, o desde la recepción según la Ley española de 1991— que puede ser ejercitado de cualquier forma: cabe su realización por cualquier medio, siempre que el empresario pueda tener conocimiento de ella (20). Esta revocación, que es discrecional para el consumidor y constituye una decisión que no ha de ser justificada, es la que ejercita, en el caso que estudiamos, el consumidor (21). La renuncia se hace verbalmente y por tanto es claro el conocimiento directo e inmediato del empresario (22). Es cierto que tal revocación se había previsto en el contrato, pero llevaba consigo una penalización económica cuya aplicación, como afirma el Abogado General, habría supuesto una sanción por ejercitar un derecho que corresponde al consumidor (23).

(20) *Ob. cit.*, pág. 265. Para el estudio en concreto del fundamento y naturaleza del derecho de revocación debe consultarse el estudio de GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Pamplona, 1997, págs. 35 y sigs. También se puede consultar, para analizar la polémica en el Derecho alemán sobre el encuadre dogmático del derecho de revocación, el estudio de BECKER y GARCÍA VICENTE, «Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos», en *RDP*, 1996, pág. 915.

(21) BADENAS CARPIO afirma que el fundamento de esa facultad legal, a favor del comprador, vendría justificado como una aplicación directa del principio *pro consumatore* contenido en el artículo 51 de la Constitución Española («La forma y la perfección de los contratos de venta celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», en *La Ley*, 1994-4, pág. 1142).

(22) Sin embargo, a pesar de la libertad de forma establecida legalmente para la renuncia, parece claro que si ésta se realiza verbalmente, nos encontraremos ante el problema de la prueba. El destinatario puede negar que tal comunicación verbal se ha producido. Por ello y, lógicamente, sin perjuicio de utilizar medios de prueba como la de testigos, consideramos que hubiera sido oportuno seguir, en la legislación sobre aprovechamiento por turno, la línea marcada por la Ley de 1991 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles en la que, aún reconociendo que la revocación no está sometida a forma, se incluye dentro de la documentación del contrato un documento de revocación (art. 3.3) porque corresponde al consumidor probar que ha ejercitado este derecho (art. 5, apartados 2 y 3). Por otro lado, HERNÁNDEZ ANTOLÍN afirma la incompatibilidad del derecho de desistimiento con el otorgamiento de escritura pública y considera que la intervención del Notario asegura la erradicación de la irreflexión (por el tiempo que media entre el acuerdo y la formalización de la escritura, por la actividad informativa del Notario en cuanto al estado de cargas y la propia labor asesora y de asistencia jurídica de dicho fedatario). Según el citado autor, debería excluirse este derecho en el caso de otorgamiento de escritura pública como ocurre en la Ley 26/1991, de 11 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, que excluye de su ámbito a los contratos celebrados notarialmente (*El fenómeno de la multipropiedad y del tiempo compartido...*, cit., pág. 2114). A pesar de ello, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, seguramente para proteger en todo caso al consumidor, recoge especialmente el derecho de desistimiento cuando el contrato se celebre ante Notario en el artículo 10.3, último párrafo, que establece que, en ese caso, deberá realizarse mediante acta notarial.

(23) *Conclusiones...*, cit., pág. 12.

3.5. ¿CUÁL ES EL TRASFONDO O LA FILOSOFÍA QUE SUBYACE EN ESTA SENTENCIA?

Al leer la sentencia que estudiamos y las conclusiones del Abogado General, nos damos cuenta de que en uno y otro caso se ha partido de una premisa fundamental que no es otra que la protección al consumidor. Este derecho, recogido en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas y en las distintas legislaciones internas, está teniendo, en los últimos años, verdadera materialización a través de las numerosas Directivas que la Comunidad ha promulgado con la clara finalidad de crear un Derecho uniforme, que coloque en el mismo nivel de protección a todos los consumidores europeos de los países de la Unión. Como algunos autores afirman, se trata de dar un paso más y llegar a un «código europeo de los contratos» con vistas a conseguir que termine la discriminación que hace inviable ese primer cometido de las últimas actuaciones comunitarias (24).

En nuestro caso, es claro que esa protección queda patente, pues se interpreta ampliamente una Directiva respecto a su ámbito de aplicación para que pueda comprenderse este supuesto, que no es contrario en modo alguno a su esencia y que si se descartó de su ámbito fue en base al frágil argumento de que sería objeto de una legislación específica. De ahí la técnica utilizada de la descomposición del contenido del derecho del —hoy llamado— aprovechamiento por turno, como ya hemos visto. Repetimos de nuevo que es un argumento ingenioso y eficaz para la protección de este consumidor que acude a los tribunales al arrepentirse de un contrato celebrado en especialísimas circunstancias. Pero lo que ahora nos preguntamos es si para ello, proteger al consumidor, hay que buscar tan indirectos planteamientos cuando hablamos de un derecho básico en la sociedad en que vivimos. Nos referimos en concreto a que, según creemos, con los medios de que disponemos, esa protección tendría que haberse producido de una manera más clara, rápida y contundente. Nuestros argumentos para esta afirmación, serían los siguientes:

* En primer lugar, aunque es claro que la Directiva comunitaria es una norma que necesita ser incorporada al Derecho interno, son ya muchos los autores que —por las faltas de protección y desigualdad que se están produciendo— abogan por la admisión del efecto directo horizontal de las mismas cuando tal norma no ha sido adaptada en plazo (25). En nuestro caso, la Directiva sobre multipropiedad sería la específica legislación aplicable al supuesto, pues regula ese derecho de desistimiento unilateral, pero no había sido adaptada al Derecho interno porque aún no había transcurrido el plazo

(24) Así se manifiesta G. ALPA, «Nuevos aspectos de la tutela del consumidor: la Ley italiana de Consumidores de 2 de julio de 1998», traducido por DÍAZ ALABART en AC, enero de 1999, págs. 29 y 30.

(25) MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *ob. cit.*, págs. 208 y 209.

necesario previsto para ello. Dicha Directiva, de fecha 26 de octubre de 1994, no había sido incorporada a 14 de septiembre de 1996, momento de la firma del contrato. No habían transcurrido los treinta meses previstos en el artículo 12 de la mencionada Directiva.

Realmente, nos parece demasiado tiempo para adaptar una norma que pretende no sólo proteger a los consumidores en uno de los temas más conflictivos, jurídicamente hablando, y respecto al que más fraudes se han producido en los últimos años, sino también armonizar las legislaciones internas hacia un destino común, sin discriminación en la protección por razón del lugar geográfico en que uno se halle. Por ello, desde el punto de vista del civilista y con el atrevimiento propio del no versado en materia de Derecho Comunitario, nos permitimos insistir en que sería necesario llegar al reconocimiento y admisión del efecto directo horizontal de las Directivas no transpuesta en plazo (26) (lo que ya un importante sector de la doctrina comunitaria más moderna viene sosteniendo con acertados argumentos y de la cual, como se vio, nos hacemos eco) (27). Por ello, si una vez publicadas en el DOCE, las normas que contienen las Directivas son claras, precisas e incondicionales y, añadimos nosotros, cumplen con el dato fundamental de recoger y reconocer algún derecho que favorezca los intereses de los consumidores, no hay duda de que la Directiva no transpuesta debe aplicarse a las relaciones entre particulares. Y, aún más, para potenciar la adaptación en plazo de la norma comunitaria, pensamos que sería necesario arbitrar algún sistema que obligara a los Estados miembros a cumplir con su obligación de adaptación bajo la sanción de la aplicabilidad directa de la misma (28). No se nos oculta que esta solución *de lege ferenda* puede ser difícil y complicada, porque la decisión política de proteger a los consumidores mediante Directivas y no mediante Reglamentos (que sí tienen aplicabilidad directa) resulta de la voluntad de tales Estados de no perder el control en determinadas materias de índole político-económico que tan decisivas pueden ser para la marcha de la

(26) Que ello es algo, en la actualidad, fundamental, lo pone de manifiesto LERE ACHIRICA cuando afirma que «la armonización legislativa de los ordenamientos de los Estados miembros a través de las Directivas, y a fin de cuentas, la efectividad del propio Derecho comunitario se resienten de esta doctrina jurisprudencial». Véase, «La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del Derecho Comunitario», en AC, 1998-1, ref. IX, pág. 196.

(27) MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *ob. cit.*, pág. 208 y sigs.

(28) El Abogado General de la sentencia Faccini Doti, opina que el reconocimiento del efecto horizontal de las Directivas vendría a incrementar la negligencia de los Estados miembros en la transposición de las Directivas en los plazos prescritos para, de ese modo, adelantarse a la aplicación horizontal de la misma por parte de los órganos nacionales y comunitarios. Así lo recoge MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Efecto directo. El Tribunal rechaza de nuevo —en contra de la opinión del Abogado General— el efecto directo horizontal de las Directivas. Sentencia 14-7-94. C-91/92, Paola Faccini/Recreb», en *Gaceta Jurídica*, B-97, septiembre 1994, pág. 25.

economía de sus respectivos países. Pero también es cierto que ésta podría ser una forma verdaderamente efectiva para cumplir ese principio de protección elevada del consumidor que establece el Tratado Constitutivo de la Unión Europea en su artículo 100 A-3 y a la vez evitar discriminaciones, distorsiones de las condiciones de competencia en el mercado único y Estados impunes en el cumplimiento de sus obligaciones (29).

* En segundo lugar, y sin perjuicio de la posibilidad anterior, nos parece como medio alternativo muy razonable acudir, dentro del Derecho interno, y para la aplicación de la normativa comunitaria de protección del consumidor, a los principios generales del Derecho porque, uno de ellos, fundamental en nuestra sociedad actual, es la protección de aquél, y tal principio debe encontrar su contenido, si se hace necesario, en la normativa comunitaria. La razón es sencilla. Según hemos dicho, el efecto directo horizontal sería aplicable si el Estado miembro ha incumplido con su obligación, pero mientras transcurre dicho plazo también se dan supuestos en los que el consumidor queda desprotegido. Por ello, para evitar esas situaciones, antes de que transcurra el tiempo fijado por la Ley, hay que hacer hincapié en la interpretación que el juez interno ha de realizar conforme al Derecho comunitario. Este es el camino emprendido en España por la mencionada STS de 20 de julio de 1994 (RA 6518), que, como apuntamos, recogió la normativa comunitaria en materia de cláusulas abusivas (otra materia fundamental de protección al consumidor) por vía de los principios generales del Derecho como elementos informadores del Ordenamiento jurídico, aunque no se había incorporado al Derecho interno, ni había transcurrido aún el período de incorporación (30). No debemos

(29) Y es que, no nos engañemos, ¡qué poco atractiva es para el consumidor esa posibilidad de reclamar contra el Estado una indemnización por su incumplimiento en el tiempo de trasponer la Directiva! Como afirma SARAZA JIMENA, el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por el Estado, por no haber adaptado en plazo el derecho Comunitario, es irrisorio, y así lo reconocen los propios magistrados («La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del caso "Faccini": La eficacia directa de las Directivas no transpuestas en las relaciones entre particulares», en AC, 1995-I, ref. V., págs. 108 y sigs.). Igualmente, MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS consideran los problemas reales de un ciudadano ante una infracción estatal: «primero tienen que entablar un juicio reclamando los derechos que le confiere la norma comunitaria (con eventual reenvío prejudicial), después tiene que iniciar otro proceso para demostrar la relación de causalidad entre el daño y violación..., necesitará tener un gran patrimonio para soportar tanto juicio, muchísima suerte para tener un buen juzgador... y paciencia para cobrar la reparación del Estado» (*ob. cit.*, pág. 224).

(30) A esta sentencia le han seguido otras muchas, como ya señalamos anteriormente, que, interpretando el artículo 10 de la LGDCU, aplican la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas, sobre todo en cuanto a la cláusula de sumisión que suelen contener los contratos de adhesión. Así, SSTs de 8 de noviembre de 1996 (RA 959), 25 de noviembre de 1996 (RA 1042), 5 de julio de 1997 (RA 6151), 27 de abril de 1998 (RA 2933), entre otras. Es curioso, como observa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que en esta materia sobre cláusulas abusivas, el TS ha venido manteniendo dos líneas o tesis antagó-

olvidar, además, que el artículo 53.3 de la CE, al configurar la defensa de los consumidores y usuarios como principio general informador del Ordenamiento jurídico, está reiterando que esa defensa, constitucionalmente garantizada (art. 51.1 CE), ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (31).

Esta opción nos parece muy interesante, y es complementaria a la vía de la interpretación conforme del Derecho nacional, ateniéndose a las normas comunitarias, porque, como afirman MANGAS MARTÍN y LINÁN NOGUERAS, los jueces nacionales, cuando aplican el Derecho nacional, están obligados a interpretarlo ateniéndose a las normas comunitarias, ya sean éstas directamente aplicables o no. Por esta vía nos estamos aproximando, cada vez más, al reconocimiento indirecto del efecto horizontal aunque sin admitirlo. Como nos recuerdan los citados autores, eficacia directa y primacía son anverso y reverso de un mismo concepto y, como el Estado miembro está obligado a adoptar todas las medidas necesarias (art. 10 CE) para alcanzar el resultado de la Directiva, ningún poder público puede desentenderse del contenido de la Directiva, tanto si ha sido transpuesta como si no lo ha sido (32). En nuestro caso es que el consumidor «adquiere fuera de establecimiento mercantil» un derecho de aprovechamiento por turno y este dato determina la interpretación extensiva y le hace merecedor de la protección dispensada por la Directiva de 1985; si no fuera así se llegaría al resultado absurdo de que dicho sujeto quedaría privado de protección, lo cual, como afirma el Abogado General, sería contrario al sentido y finalidad de las Directivas de 1985 y 1994 (33). Este principio de interpretación conforme, como nos recuerda BELLO MARTÍN-CRESPO, vincula al juez nacional como juez comunitario de Derecho común y como juez nacional, autoridad del Estado obligado por la Directiva en virtud de los artículos 5 y 189 del Tratado constitutivo de la CEE. De ahí que tenga que hacer todo lo posible para que la aplicación resulte acorde a la Directiva comunitaria tanto al interpretar como al integrar una laguna legal y este principio de interpretación conforme se extiende tanto a los supuestos de las relaciones verticales como horizontales ya que la norma que produce efectos es la norma nacional y no la Directiva. Pero no deben olvidarse los límites que ha de tener esa interpretación conforme, puesto que el Juez debe mantenerse dentro del marco de sus competencias, en el caso

nicas, ya que para definir lo que se debe entender por condición general ha rechazado el efecto inmediato de la Directiva 93/13/CEE, mientras que en materia de sumisión expresa al fuero del predisponente se mantiene la eficacia inmediata y se aplica el concepto de condición general recogido en el artículo 3 de dicha Directiva: «Comentario a la STS de 31 de enero de 1998. CCJC», 1998, ref. 1282, pág. 734.

(31) En este sentido, véase GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, pág. 100.

(32) *Ob. cit.*, pág. 210.

(33) *Conclusiones...*, cit., pág. 6.

concreto sobre el que conoce, teniendo en cuenta la interpretabilidad y flexibilidad de la norma nacional (34).

* Por último, teniendo presente lo anterior, consideramos que no hay que olvidar en ningún caso otro mecanismo (compatible con los ya mencionados) que puede resultar fundamental si queremos llegar a evitar la indefensión del consumidor en esta radical sociedad liberalista de últimos de siglo en la que vivimos, y es la posibilidad de compatibilizar las distintas Directivas protectoras de los consumidores. Con ello, creemos, se evitaría cualquier resquicio por el que se hiciera falaz ese objetivo. Así, por ejemplo, en el caso que comentamos, no sería imposible hablar de compatibilidad entre las Directivas de 1984 y 1994 y, por tanto, de las respectivas normas internas, porque responden a la misma filosofía: proteger al consumidor respecto a unos contratos que se celebran en circunstancias especiales, con unas técnicas agresivas e innovadoras que parten de la iniciativa del vendedor y que imposibilitan la comparación de la calidad y precio respecto a otros productos, y que eclipsan, al menos parcialmente, la capacidad decisoria del adquirente (35). Lógicamente, a pesar de esa «compatibilidad», a la hora de determinar la normativa aplicable habrá que estar a la que más se adapte a las particularidades del caso concreto, pero sin descartar, como argumento «a mayor abundamiento», esa otra normativa compatible o complementaria que pueda reforzar la posición del consumidor. Por ello, creemos que es acertado afirmar que la Direc-

(34) *Las Directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional (Especial consideración de la jurisprudencia del TS en la aplicación de normas de Derecho mercantil)*, Madrid, 1999, págs. 103 y sigs. Esta autora llama la atención sobre el peligro que puede conllevar el principio de interpretación conforme utilizado arbitrariamente porque puede plantear delicados problemas de seguridad jurídica al juez nacional y también a la aplicación uniforme del Derecho comunitario mediante la aplicación directa de la Directiva comunitaria, ya que si bien esto puede llegar a ocurrir, hoy por hoy, los jueces deben desarrollar su tarea interpretativa dentro del marco propio del principio: utilizar la Directiva como criterio de interpretación sin pretender que produzca efectos que no pueden derivarse de la norma nacional a interpretar que es la que realmente se aplica (*ob. cit.*, págs. 129 y 191).

(35) La apreciación del Abogado General es clara y firme en este punto, y así afirma: «El presente caso se refiere a un contrato sobre un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. En consecuencia, el consumidor debería disfrutar de cierto grado de protección. Si, además, el contrato cumple los requisitos de la Directiva 85/577, es decir, si se trata de un contrato fuera de un establecimiento comercial, esta circunstancia también debería otorgar cierta protección al consumidor que celebra el contrato. En otras palabras, en el presente asunto el consumidor sería merecedor de protección por ambas circunstancias —contrato de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido que fue celebrado fuera de un establecimiento comercial—, que en este caso concurren simultáneamente. Por consiguiente, el hecho de que el contrato de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido pueda constituir un contrato celebrado fuera de un establecimiento comercial en el sentido de la Directiva 85/577, hace que la necesidad de protección del consumidor sea mayor y, por tanto, que éste sea más merecedor de ella» (*Conclusiones...*, cit., pág. 6).

tiva de 1985 contiene una normativa de carácter general aplicable a los contratos que se celebren fuera de un establecimiento mercantil y la Directiva de 1994 contiene una normativa de carácter especial. Así, la primera será aplicable siempre que no sea excluida por la segunda. Y ello se avala con el dato de que ninguna de las dos Directivas contiene disposición alguna que excluya expresamente a la otra. Esta es en realidad la apreciación y la propuesta del Abogado General, quien viene a afirmar que «la Directiva 94/47 tiene como finalidad la protección del consumidor que adquiere un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. En cambio, la razón fundamental por la que la Directiva 85/577 protege al consumidor, no reside en el hecho de que éste adquiera un determinado bien sino en la forma en que tiene lugar la adquisición o la celebración del contrato, fuera de establecimiento comercial» (36).

De todos modos y, a pesar de lo dicho anteriormente sobre la necesidad efectiva y práctica de armonización y conexión de la normativa comunitaria que ampare los derechos y expectativas del adquirente, todo ello quedará superado si realmente llegamos a la creación de ese código de contratos y de protección del consumidor europeo del que ya se están sentando las bases. Bases o cimientos que no son otros que estas actuaciones comunitarias relativas a las ventas de bienes fuera de establecimientos mercantiles, a los aprovechamientos por turno, a las ventas de bienes muebles a plazos, a las cláusulas abusivas, etc... Porque no podemos perder de vista que si no llegamos —con los medios que haga falta— a la armonización en contenido y tiempo de los Ordenamientos internos en materia de protección de los consumidores, lo que nos estamos jugando es la efectividad del propio Derecho comunitario.

4. CONCLUSION

Esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo trata, como finalidad última, de proteger al consumidor posibilitándole el ejercicio del derecho a la renuncia en las mejores condiciones posibles. Sin duda, el Tribunal llega a sus conclusiones aplicando la equidad al tener en cuenta las circunstancias que se producían en el caso concreto, es decir, la existencia de normativa comunitaria sobre multipropiedad y la falta de transposición de la misma en el Derecho interno español. Para lograr su objetivo, no duda en extender la aplicación de la Directiva de 1984, relativa a ventas de bienes fuera de establecimientos mercantiles, a un supuesto de aprovechamiento por turno de inmuebles, interpretando de forma extensiva su ámbito y considerándola como normativa de carácter general, aplicable mientras no sea excluida por una

(36) *Conclusiones...*, cit., pág. 5.

normativa más específica. Y precisamente este es el dato que, como conclusión, nos gustaría destacar: para proteger al consumidor se hace necesario destacar siempre la circunstancia que sea más propicia o relevante para poder aplicar la normativa que más vele y proteja sus intereses, sin descartar el posible efecto horizontal de las Directivas, la aplicación de las mismas a través de los principios generales del Derecho o la obligación del juez nacional de interpretar la norma interna conforme al Derecho comunitario, y ello sin olvidar la compatibilidad de todas aquellas normas que favorezcan su posición. Se ha de buscar, por tanto, un camino que evite la estricta y literal aplicación de la Ley que conlleve un resultado injusto, y se hace necesario aplicar e interpretar la ley con el espíritu que inspira al legislador de alcanzar la protección del consumidor. Con ello, además, conseguiremos una vía, aunque sea indirecta, para evitar las discriminaciones, habituales entre los consumidores comunitarios, que se suelen producir por la falta de transposición uniforme en el tiempo de la normativa comunitaria.

MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS
Profesora asociada del Departamento de Derecho Civil
de la Universidad de Granada

La obligación derivada de la cofianza

Parece obvio que la circunstancia de que nos hallemos frente a un fiador plural en vez de frente a un único fiador, no supone obstáculo para considerar en uno y otro supuesto que la obligación fideiusoria es una obligación accesorio y subsidiaria, pero, en cambio, cuando estemos en presencia de una pluralidad de fiadores sí surge el problema típico y exclusivo de esta situación de considerar si la vinculación de los mismos ha de estimarse mancomunada o, por el contrario, reputarse solidaria. Este es uno de los problemas clave de la cofianza, y aunque en relación al mismo se pueden hacer diversas referencias y formular análisis, sobre todo a la vista de la peculiar y poco alabable redacción del artículo 1.837 de nuestro Código Civil, ahora es el momento de intentar dilucidarlo en profundidad.

Decidirse *in abstracto* en una u otra dirección no está exento de polémica y de visiones encontradas. La vinculación mancomunada de los varios fiadores introduce muy severas objeciones en el régimen básico de la fianza, de su fundamento y de sus objetivos primarios, porque si, como no cabe considerar de otra manera, la multiplicación de garantes ha de ser considerada y exigida por el acreedor como una manera de reforzamiento de su crédito, en cuanto una pluralidad de patrimonios hace acto de presencia a efectos de garantía, resulta que puede suceder que en ocasiones semejante estado de cosas se vuelva contra el supuestamente beneficiado y éste resulte peor tratado jurídico-patrimonialmente que si hubiese contado con un único fiador.

El juego combinado de las reglas de la mancomunidad, especialmente la relativa a que la insolvencia de alguno de los deudores parciarios la soporta el acreedor y no los otros obligados (art. 1.139 del Código Civil), y la necesidad de la reclamación *pro parte* impuesta por el efecto divisorio automático que supondría la mera conclusión de la cofianza, con su secuela de gastos, dilaciones, molestias y complicaciones, generan un obstáculo muy serio a la hora de predicar como operativa la vinculación mancomunada de los varios fiadores.

Una cofianza que es o puede ser menos efectiva, más lesiva para el acreedor supuestamente reforzado y difícilmente conciliable con la finalidad última a que responde, constituye un mecanismo jurídico de discutible fisonomía, de

base incierta y dudosa justificación. Si, en ocasiones, el contar con varios fiadores ha de representar perjuicio para el acreedor e introducirle en una dinámica que no existiría caso de haberse conformado con el fiador único, nos acercamos peligrosamente a una situación de *contradictio in terminis*.

Por otro lado, desde Adriano, y por la doble razón de facilitar a los acreedores la búsqueda de personas dispuestas a vincularse como cofiadores y de evitar los posibles conciertos maliciosos entre éstos y aquéllos, existe a disposición de los garantes personales un mecanismo jurídico, el beneficio de división, que les permite distribuir entre ellos, si tal es su voluntad, el monto del débito afianzado, caso de que el acreedor pretendiese cobrar de alguno la totalidad del mismo. Ahora bien, si se predica la división *ope legis* de la deuda asegurada mediante fianza plural, ¿qué campo y qué sentido le quedan a dicho beneficio? Sería difícil encontrar un camino apto para justificar la conciliación entre el dato de que la obligación asegurada se ha fraccionado automáticamente entre los diversos fiadores a efectos de garantía y la circunstancia de que, a pesar de todo, sigue abierta a éstos la posibilidad de acogerse y de hacer jugar el beneficio divisorio.

Como ya hemos comentado reiteradamente, la consideración aislada y textual del artículo 1.837 de nuestro Código Civil puede propiciar una situación de este tipo, al imponer, según la interpretación corriente, la división *ex lege* del débito en su primera parte y al contemplar en su segunda la existencia y operatividad del beneficio de división entre los cofiadores, ya que difícilmente cabrá considerar que algo cesa o se extingue si antes no tenía previa existencia y que es cosa diferente aquello que el legislador llama *expressis verbis* con el nombre con que tradicional y unánimemente se le conoce. Y, sin embargo, un buen número de civilistas españoles no ha encontrado mayor reparo para caminar por una vía tan escabrosa y difícil.

A pesar de ello, también es cierto que en ordenamientos civiles como el nuestro, en los que rige en el caso de obligaciones plurales la presunción de mancomunidad y, por ende, la vinculación solidaria de los varios deudores tan sólo se da con carácter excepcional cuando la ley o las partes así lo han dispuesto (arts. 1.137 y 1.138 del Código Civil), parece un tanto temerario considerar que en el supuesto de pluralidad de fiadores, no existiendo previsión específica de los interesados y en ausencia de una clara prescripción legal (antes bien el mandato legal estereotipado en el párrafo primero del art. 1.837 del Código Civil parece consagrar la pauta contraria), se concluya, empero, que los cofiadores se encuentran vinculados de manera solidaria.

A la inversa, tampoco está exenta de críticas la posición de considerar que cuando varias personas concurren como fiadoras conjuntas de un mismo deudor y por una misma deuda quedan obligadas solidariamente, pero que, no obstante, a la hora en que el acreedor intente cobrar de una de ellas la totalidad del débito, pueda el demandado, si tal es su voluntad, detener la recla-

mación de ese tenor y provocar el fraccionamiento de la pretensión entre todos los cofiadores. Porque, ciertamente, no son fácilmente compaginables las ideas de solidaridad y de división, y la consideración de que habiendo impuesto la ley la vinculación total de los varios deudores accesorios puedan éstos, a su capricho, provocar el efecto contrario de la afección parcial. De la misma manera que mancomunidad y beneficio de división resultan redundantes y sin sentido, también solidaridad y beneficio de división devienen difícilmente casables, en cuanto mal cabe hablar de manera rigurosa de obligación *in solidum* cuando los sujetos pasivos de la misma pueden imponer al acreedor el cobro fraccionado de la misma; algo que explica que desde siempre civilistas perspicaces hayan hecho notar que el beneficio de división escasamente tiene sentido *in abstracto*, porque si los cofiadores quedan obligados solidariamente, tal afección debe impedir su ejercicio, y si lo están mancomunadamente, resulta innecesario al conseguirse sus efectos por el juego mecánico de la vinculación *pro rata*.

Ahora bien, lo cierto es que por el peso de la tradición jurídica y por la circunstancia de que, según se tendrá ocasión de ver más adelante, la presencia y eficacia del *beneficium divisionis* no resultan impropias en ningún caso, en prácticamente todos los ordenamientos civiles de stirpe latina el aludido recurso divisorio permanece vivo, y, en consecuencia, no cabe eludir el esfuerzo lógico-jurídico que supone intentar su encuadre y acomodo en el sistema de la pluralidad de fiadores.

En efecto, en los Códigos Civiles francés e italiano de 1865, por más que se estableciese que cada uno de los varios fiadores queda obligado por toda la deuda (arts. 2.025 y 1.911, respectivamente), la propia norma se encargaba de matizar que, sin embargo, esta rigurosa consecuencia podía quedar sin efecto, caso de que cualquiera de aquéllos se acogiese al subsistente beneficio romano de división (arts. 2.026 y 1.912). En el Código Civil italiano de 1942, en un más difícil todavía, los varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda quedan obligados por la deuda entera, pero esta consecuencia puede impedirse, no ocurriendo *de facto* al juego del recurso divisorio, tal como sucedía en el Código abrogado, sino pactando previamente la existencia del beneficio de división; esto es, que la operatividad de semejante mecanismo no es libre ni queda a discreción de los interesados, pues tan sólo podrá tener lugar si se ha tomado la precaución de su reserva, por más que en dicho caso, y en cuanto el beneficio continúa conservando su estricta sustancia de beneficio (arg. *ex art.* 1.947 del *Codice Civile*), los interesados puedan optar por oponerlo o no. En fin, en el Código Civil español, en otro nuevo y enrevesado movimiento, la situación se complicaría, según el sentir de la mayor parte de la doctrina hispana, aún más: los diversos fiadores quedarían obligados *pro parte*, pero a pesar de ello continuaría existiendo una cierta presencia y un cierto juego del instrumento divisorio. ¿Qué revela todo ello?

Algo tiene el agua cuando la bendicen. La persistencia del *beneficium divisionis* patentiza al menos dos cosas, una, que con indiferencia de que se contemple la afección de los varios fiadores de manera mancomunada o solidaria, el legislador ha juzgado conveniente, creo que razonablemente, el mantenimiento de aquella figura, y la otra, que la conservación de la misma tiene que producir necesariamente algún desvirtuamiento y matización del régimen ordinario de las obligaciones parciarias y de las obligaciones solidarias.

En efecto, la circunstancia de que se afirme que la conclusión de la cofianza produce *ex lege* la distribución de la deuda asegurada entre todos los fiadores y al mismo tiempo se considere que subsiste el beneficio de división, debe conducir indeclinablemente al posicionamiento de que aquella afección mancomunada ha de ser *sui generis*, en cuanto si así no fuere llovería sobre mojado y equivaldría a poner a disposición de los interesados algo que ya está en su acervo patrimonial *ministerio legis*, o, quizá, mejor todavía, a considerar que por más que se hable de afección a prorrata, si resulta que los supuestos deudores mancomunados cuentan con un beneficio (el de división), que se orienta precisamente a producir ese mismo resultado que se afirma ya producido en su afección jurídico-patrimonial por efecto directo de la ley, tales deudores son realmente deudores solidarios.

Semejante conclusión, amén de estar teñida de lógica y sentido común, serviría al menos para impedir el contrasentido que puede producirse si se sostiene la división *ex lege* de la deuda garantizada y tiene lugar, como perfectamente puede suceder, que alguno de los deudores favorecidos renuncia al beneficio de división. ¿Qué ocurrirá en tal caso? ¿Persistirá la afección parcial, no obstante, haberse declinado el fraccionamiento del débito? Y si es así, ¿qué sentido tiene sostener la existencia de un beneficio de división que si se reclama nada añade a lo que por ley ya existe y si se omite o renuncia no provoca alteración alguna en el *statu quo*?

Inversamente, bajo la óptica de la obligación solidaria, resulta evidente que si se establece por la ley la vinculación *in solidum* de los varios fiadores y a continuación se advierte que los mismos pueden acogerse al beneficio de división (caso del *Code* y del *Codice* de 1865) o han podido pactar juego de mismo (supuesto del *Codice* de 1942), tendremos que el ejercicio de éste habrá de suponer, necesariamente, una fuerte inflexión en el régimen normal de la solidaridad, porque resulta evidente que una situación obligacional de este tipo que pueda quedar parcialmente sin efecto en base a la voluntad del deudor es, cuando menos, una solidaridad un tanto singular y *sui generis*.

¿Tanto como para que no quepa hablar en puridad de obligación solidaria al haberse perdido la esencia de la misma? Habida cuenta que de no acogerse el demandado al beneficio y soportar por entero el pago de la deuda, goza del derecho de regreso respecto a los restantes fiadores, que aun oponiendo

el beneficio de división si alguno de los garantes resulta insolvente su parte acrece la de los solventes, y que los fiadores que no pagaron pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, parece que la conclusión no debe ser otra que la de que, pese a todo, seguimos estando en el punto que nos ocupa dentro del ámbito de la solidaridad.

¿Resultará, por tanto, indiferente que el legislador se incline por la mancomunidad o por la solidaridad a la hora de contemplar la vinculación jurídica de los varios fiadores? Este parece ser el pensamiento de GUILARTE ZAPATERO, para quien es discutible determinar cuál de esas formas se ajusta mejor a la propia naturaleza de la cofianza, aparte de que, en todo caso, cualquiera que sea la que se sancione positivamente tendrá un mero carácter dispositivo, ya que sólo entrará en juego en ausencia de precisas y concretas previsiones de los interesados (1).

El planteamiento padece un doble error. Primeramente, porque no es discutible cuál de las dos formas de vinculación de los fiadores armoniza mejor con la *substantia iuris* de la cofianza, ya que, según hemos expuesto con reiteración, la naturaleza y función de la misma compaginan mucho mejor con la idea de solidaridad que con la de mancomunidad, habida cuenta que el acreedor busca el máximo de garantía y la cofianza se mueve en torno al presupuesto de que los varios fiadores se vinculan de manera unitaria y conjunta. Y, en segundo lugar, porque si bien es cierto que al establecer la ley el régimen de mancomunidad pueden las partes obviarlo pactando la solidaridad, al sancionar el de solidaridad las cosas ya no se presentan con la misma claridad, pues resultará al menos discutible que pactada por los interesados la afección parcial no quede desvirtuada la propia cofianza, aunque, claro está, siempre esté abierta a los fiadores la posibilidad de asegurar la deuda ajena mediante la constitución de obligaciones fideiusorias distintas e independientes.

Las doctrinas francesa e italiana anterior al Código Civil de 1942, a pesar de que la normativa establece la afección de cada uno de los deudores por la totalidad de la deuda («la deuda toda»), se han mostrado siempre un tanto reacias a ver en dicha hipótesis una clara manifestación del fenómeno de la solidaridad pasiva. En Francia, ya POTHIER, por más que DOMAT apuntase que «la obligación de los cofiadores es naturalmente solidaria entre ellos», había sentenciado que la razón de la diferencia que existe entre los varios deudores principales y los varios fiadores se halla en que «es de la naturaleza de la caución obligarse a todo lo que se obliga el deudor principal», y, en consecuencia, cada uno de los fiadores «está reputado como habiendo contraído dicho compromiso, a menos que declare expresamente que él no se obliga

(1) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, pág. 188.

más que por parte» (2); mayoritariamente, la doctrina posterior se mantendrá en esta posición cautelosa: la solidaridad genuina sólo existe cuando la ley o las partes la declaren de manera expresa, y, en consecuencia, por más que se establezca la responsabilidad de los fiadores por el entero de la deuda, dicha situación, al faltar una tajante manifestación legal al respecto, no debe reputarse como de estricta solidaridad, sino tan sólo como algo cercano, parecido o semejante a la misma (3). LAURENT, por su parte, advertirá que el primer efecto de la solidaridad es que el acreedor puede demandar a cualquier deudor el todo sin que se le pueda oponer el beneficio de división, por lo que la obligación de los cofiadores no puede reputarse solidaria, ya que aunque cada uno se obligue por entero, puede también reclamar la división; en suma, la diferencia entre la obligación de los codeudores y la obligación de los cofiadores no radicaría más que un solo punto: entre los primeros, la división es de Derecho, entre los segundos hace falta reclamarla (4).

En Italia también se oirán voces en el mismo sentido de oponerse al reconocimiento de una genuina solidaridad entre los cofiadores. Así, PACIFICI-MAZZONI señalará que por más que el artículo 1.911 del Código Civil de 1865, disponga que cada uno de los fiadores queda obligado por la deuda entera, no cabe reputar esta situación como de solidaridad, entre otras razones porque si el objeto de la obligación se destruye por culpa de uno de los fiadores, los otros resultan liberados, porque la petición de intereses instada contra uno de ellos no afecta a los demás, y, en fin, porque la interrupción de la prescripción respecto a alguno de los mismos no perjudica a los restantes (5). Para GALDI, siguiendo el pensamiento de LAURENT, de que los cofiadores no están vinculados solidariamente, ha de considerarse como regla que dichos garantes no son solidarios entre sí, sino que su obligación es particular, en cuanto mientras en la solidaridad todo deudor puede ser condenado por entero, los cofiadores no pueden ser condenados a pagar toda la deuda porque cuentan con el derecho de exigir que el acreedor divida su acción entre los distintos garantes personales (6).

En la misma línea se manifestará CAMPOGRANDE. Para este autor, la solidaridad se caracteriza por el principio de que el acreedor puede dirigirse a voluntad contra cualquiera de los deudores y constreñirle al pago de la totalidad, sin que éste pueda oponer el beneficio de división, mientras que en la cofianza cada uno de los fiadores puede reclamar y obtener la división

(2) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pág. 269.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, XXIV, París, 1907, págs. 340 y sigs.

(4) LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XXVIII, Bruselas-París, 1878, págs. 231 y sigs.

(5) PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, II, Turín, 1927, pág. 501.

(6) GALDI, *Trattato della fideiussione*, Nápoles, 1900, pág. 97.

de la deuda. Y ello, porque aunque la ley declare que los cofiadores quedan obligados *per l'intero debito*, no dice, empero, que los mismos sean deudores solidarios y, en consecuencia, cada uno de ellos puede hacer valer el beneficio de división. La conclusión de que, en realidad, los cofiadores no son deudores solidarios, se refuerza, habida cuenta que los mismos no resultan afectados por la insolvencia de alguno de ellos sobrevinida después de la división (7).

Este pensamiento receloso de la solidaridad ni siquiera ha desaparecido enteramente en Italia a pesar de que el artículo 1.946 del nuevo Código Civil haya establecido que «si varias personas han prestado fianza por un mismo deudor y en garantía de una misma deuda, cada una de ellas está obligada por la deuda entera, salvo que se haya pactado el beneficio de división». En tal sentido, FRAGALI, por más que reconozca que el legislador italiano ha usado en el artículo 1.944 una fórmula definitoria, mientras en el artículo 1.946 utiliza una locución descriptiva, porque si en este último artículo hubiera sustituido las palabras «por la deuda entera» por la de «solidariamente» habría hecho nacer la duda de una solidaridad en concurso con el deudor garantizado, y, asimismo, que resulta exagerado afirmar que constituye elemento esencial de la solidaridad la regulación legal de los efectos de la insolvencia de uno de los codeudores, pensamiento que tradicionalmente se ha aducido en relación a la ausencia de responsabilidad, tras la división, por la insolvencia sobrevinida a alguno de los cofiadores, no deja de mostrar algunas reticencias para acoger de manera plena en el Derecho italiano urgente la estricta y genuina solidaridad.

En su opinión, cuando la ley adopta el tipo a alguna exigencia particular de un supuesto de hecho sin derogar la regulación fundamental, quiere mantener dicho supuesto de hecho, en la parte no derogada, bajo el dominio de tal regulación fundamental y, por tanto, no quiere diferenciar la sustancia, no desea hacer nacer un nuevo tipo autónomo, sino una forma derivada, es decir, un subtipo. Es esencial a la solidaridad el deber de cada uno de los deudores de responder de la deuda por entero, y este mismo elemento lo encontramos también en la cofianza, por lo que en el ámbito de ésta nos seguiremos moviendo sustancialmente en la esfera de la solidaridad.

Ahora bien, y ahí está el matiz, si la peculiaridad de la cofianza no debe conducir a una tipicidad distinta de la solidaridad, sí permite, empero, sostener que nos hallamos ante una regulación atípica de la misma. Para FRAGALI, la coobligación fideiusoria supone una solidaridad atípica, que se destaca del esquema general de las coobligaciones solidarias en aquello que es necesario al objeto de corresponder a las particularidades de la fianza solidaria, sin perder por ello el ligamen con el tipo fundamental de la solidaridad. Los

(7) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, pág. 416.

cofiadores, por tanto, son deudores solidarios entre sí, pero atípicamente solidarios (8).

Como se observará, pues, la presencia y operatividad del beneficio de división, ya directamente dispensado por la ley (*Code* y *Codice* de 1865), ya sólo en el caso de que así lo hayan pactado los interesados (*Codice* de 1942), tienen la suficiente entidad como para que, por más que la norma establezca sin reticencias que cada uno de los varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda queda responsabilizado de la totalidad de la misma, la típica solidaridad, aquélla que consagran los Códigos cuando regulan *in genere* la pluralidad de deudores, conozca alguna matización, deba ser objeto de puntualizaciones y precise de señalamientos que apunten a la especial situación en que se hallan o pueden hallarse los cofiadores. FRAGALI intenta cubrir el expediente mediante la piadosa fórmula de la solidaridad atípica.

Si las cosas ocurren de esta manera en aquellos ordenamientos civiles que han mantenido sustancialmente la concepción romana de la cofianza, ¿qué ocurrirá en el nuestro, habida cuenta que, en apariencia al menos, se ha roto con el precedente tradicional y se ha consagrado el régimen de la división *ope legis* de la deuda entre los diversos fiadores y la conformación, por tanto, de éstos como deudores mancomunados, según piensa la mayoría de los civilistas españoles?

Si nos atuviésemos, como ya se ha dicho, a los literales términos del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, la solución sería clara e inobjetable: la división producida *ex lege* entre los cofiadores aleja de los mismos cualquier idea de solidaridad, ni típica ni atípica. Pero existe un segundo párrafo de ese mismo artículo 1.837 y unos artículos 1.844, 1.845, 1.850 y 1.852 que arruinan aquella supuesta claridad inicial, introducen factores nuevos que pugnan con la idea de mancomunidad y, sobre todo, obligan a la visión conjunta de la problemática.

Que un supuesto deudor solidario pueda oponer a la reclamación del acreedor la división de la deuda, sin duda suponer una muy seria objeción al régimen normal de la solidaridad, pero que un supuesto deudor mancomunado tenga derecho de reintegro respecto a los restantes codeudores, haya de soportar en su cuota la parte proporcional de la insolvencia de cualquiera de ellos y pueda acogerse al beneficio de división (?) caso de que el acreedor le reclame el débito entero, es todavía, si cabe, mucho más singular y estrambótico, porque, al fin y al cabo, la aceptación del beneficio de división en el ámbito de la solidaridad no supone afectar la estructura y sustancia de esta modalidad obligatoria, mientras que el juego de aquellos otros efectos sí supone la vulneración de la esencia de la mancomunidad.

(8) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato di credito», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1961, págs. 238 y sigs.

En efecto, el juego en la confianza del beneficio de división no implica necesariamente que la obligación de la misma nacida quede desnaturalizada. El hecho de que los cofiadores queden vinculados de manera solidaria no sufre quebranto sustancial por la circunstancia de que alguno o algunos de ellos a la hora de reclamar el acreedor el pago entero de la deuda se acoja al *beneficium divisionis*; respecto a él la obligación continúa siendo solidaria, no ha mutado su naturaleza, ni ha pasado a convertirse en mancomunada, sino tan sólo se presenta un obstáculo exterior que impide el juego ordinario de la solidaridad, que imposibilita que, no obstante ésta, pueda ser condenado el deudor demandado a satisfacer íntegramente el débito garantizado.

La obligación asumida por los cofiadores de una misma deuda y de un mismo deudor es estructuralmente una obligación solidaria en función de las características y efectos que la ley le asigna en su conjunto; ahora bien, por el hecho de que en algún caso el deudor reclamado pueda acogerse el beneficio de división, ¿queda desnaturalizada la figura?, ¿debe imponerse la consideración de que la obligación en que cosa semejante pueda ocurrir no cabe caracterizarla rectamente como obligación solidaria? Contestar afirmativamente a estas interrogantes supone, en nuestra opinión, una muy rígida e injustificada apreciación de los términos en juego.

Dice bien FRAGAL que mientras se conserve la regulación fundamental de un determinado tipo jurídico, el mismo no desaparece, por más que en algunas hipótesis puedan fallar los efectos propios del mismo. En nuestro caso, la solidaridad de los cofiadores queda establecida, según el punto de vista que adoptamos, por la regulación legal en su conjunto de la figura: la obligación de los mismos es una obligación estructuralmente solidaria, y esa conformación no sufre quebranto por el hecho de que en algún caso y previo reclamo del demandado se produzca la imposibilidad de obtener del mismo la totalidad del débito asegurado. La obligación continúa siendo solidaria también en ese caso, por más que un elemento extraño a la estructura de la obligación, la aparición de un obstáculo ajeno a la sustancia de la misma impida en dicha hipótesis la consumación de uno de los efectos típicos de la solidaridad.

Semejante acontecer, facultativo y contingente, carece de la virtualidad precisa para mutar la naturaleza de la obligación solidaria, por cuanto no penetra en su sustancia, conformándola de manera diferente, sino que se limita a impedir *in casu concreto* que la misma sea susceptible de producir la globalidad de los efectos que le son típicos. Pero ello no emana de la propia entraña de la obligación que afecta a la pluralidad de fiadores, en cuyo caso resultaría obvio eliminar la nota de solidaridad, sino que es fruto tan sólo del juego de un factor ajeno y externo que el legislador juzgó en un determinado momento debía existir a favor de aquellos fiadores que quisieran acogerse a él, precisamente porque los mismos eran y continuaban siendo deudores solidarios.

Solidaridad y beneficio de división puede resultar en alguna manera de difícil encaje, pero mancomunidad y beneficio de división son, sencillamente, incompatibles, en cuanto una hace imposible e innecesario al otro y viceversa. Un deudor solidario que decida acogerse a la división continúa siendo, *stricto iuris*, deudor solidario, no sólo porque le es facultativo el recurrir o no a semejante beneficio, y es obvio que un recurso de este tenor no puede cambiar la naturaleza de la obligación que le vincula, sino también porque, no obstante, el fraccionamiento del débito producido, algunos de los más típicos y característicos efectos de la solidaridad se seguirán produciendo respecto a su persona; por ejemplo, si otro de los cofiadores se adelanta y paga la totalidad de la deuda cuya partición se había producido.

En consecuencia, la solidaridad y la división de la deuda, aunque presenten un cierto grado de fricción, pueden compaginarse, sin quebranto esencial, porque se ubican en distinto plano respecto a la obligación (una en la esfera de la estructura y la otra en algún supuesto de su ejecución) y porque no se interfieren los cometidos que a cada una de ellas están asignados: la solidaridad, facilitando al acreedor la mejor y más segura garantía de su derecho; la división, procurando al fiador que así lo desee fraccionar la reclamación, pero sin que pueda evitar los otros efectos de la vinculación *in solidum*.

En cambio, ¿qué sentido tiene considerar que los varios fiadores que han quedado vinculados de manera mancomunada podrán acogerse al beneficio de división cuando el acreedor les reclame el cumplimiento de la obligación asegurada. Absolutamente ninguno, de entrada, porque dicho acreedor no podrá reclamar a cada uno de los garantes «sino la parte que le corresponda», y, luego, porque si el demandante procediese a exigir a uno de los fiadores la totalidad del débito, éste no necesitaría acudir al beneficio de división, por cuanto nos hallaríamos ante un supuesto de falta de legitimación al haber incurrido aquél en *plus petitio*. Es más, ni siquiera tendría justificación pretender que en tal supuesto el fiador contaría con la protección del *beneficium divisionis*, ya que es obvio que no cabe pedir la división de lo que por ley está dividido, ni es posible conformar como beneficio (recurso favorecedor que la ley pone a la libre disposición de determinados sujetos), algo que se produce de manera mecánica, en todo caso y a favor de todos los que se hallen en situación de cofiadores. Trataríase, tan sólo, de un efecto legal mecánico, automático.

LAURENT dice que el primer efecto de la solidaridad viene dado por la circunstancia de que el acreedor pueda reclamar a cualquiera de los deudores la totalidad de la deuda, sin que éste pueda oponer el beneficio de división. Hay aquí un notable defecto argumental, pues solidaridad no se contrapone a beneficio de división, sino a mancomunidad, esto es, a una situación en la que no es que los varios obligados puedan evitar la condena *in totum* si deciden acogerse a un determinado mecanismo tuitivo, sino que los mismos en ningún

caso y bajo ninguna condición pueden ser demandados y condenados más que *pro parte*.

Así, mientras mancomunidad y beneficio de división, como se ha dicho, no pueden coexistir porque se excluyen estructural y funcionalmente, solidaridad y beneficio divisorio pueden darse al unísono, sin mayor problema, en cuanto la solidaridad no pierde el carácter de tal por el hecho de que en algún caso ciertos deudores, que *ab initio* han quedado vinculados por entero, se acojan y obtenga la partición del débito, ni el *beneficium divisionis* resulta privado del matiz que históricamente le es propio por la circunstancia de que su ejercicio provoque el fraccionamiento *a posteriori* de una deuda nacida solidaria. Que a ello se le quiere llamar solidaridad atípica, tal como hace FRAGALI, es un posicionamiento lícito porque conserva y enfatiza lo fundamental: la solidaridad que afecta a los varios fiadores conjuntos.

Nosotros, empero, preferimos continuar hablando, en el caso de división de la deuda garantizada producida por el juego del beneficio, de solidaridad; la obligación de los cofiadores que nació como solidaria, continúa teniendo este carácter por más que pierda, coyuntural y operacionalmente, una de sus notas; conserva las demás y sigue produciendo los efectos típicos de semejante modo de vinculación plural, y, por ende, no se advierte la necesidad de prescindir de una nominación que sigue cobijando la parte mayor y sustancial de la *obligatio in solidum*. Que pierda uno de sus efectos por mor de un mecanismo pensado para obrar contingentemente no es razón suficiente para situarnos fuera del ámbito de la solidaridad y ni siquiera para calificar a ésta de atípica.

Por ello, nos parece felizmente acertada la afirmación de DOMAT en el sentido de que «la obligación de los cofiadores es naturalmente solidaria entre ellos» (9); natural y no esencialmente solidaria, ya que si tuviera esta segunda condición, no cabría aceptar que en supuesto alguno se admitiese el fraccionamiento del débito, pero naturalmente solidaria, porque aunque tenga lugar semejante partición no pierde su condición de solidaria, en cuanto sabido es que cuando en Derecho se atribuye la cualidad de «natural» a una nota concreta o a un determinado efecto, puede faltar sin que semejante falta afecte

(9) DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, II, Barcelona, 1844, págs. 149-150. «Si se presentasen muchos fiadores en una misma obligación —escribe el clásico francés—, cada uno debe responder por entero; pues cada uno promete la seguridad de toda la deuda u otra obligación, y suplir aquello que el principal obligado no pueda satisfacer. Así su obligación es naturalmente solidaria entre ellos después de apurados los medios contra el principal obligado». Sin embargo, después de estas razonables apreciaciones, DOMAT realiza un sorprendente y paradójico quiebro: «Pero esta obligación se divide del mismo modo y por la misma razón que la de los codeudores. De aquí es que cuando los fiadores tienen con qué pagar, el acreedor no puede exigir a cada uno sino la porción que le corresponda; y las de los insolventes vienen a cargo de los demás, tocando a cada uno a prorrata de lo que debiese».

al tipo, caracterización o sustancia de la figura con que se relacione. Y en tal sentido, resulta por completo intrascendente que la ausencia del «elemento natural» se produzca por el convenio de los interesados (pacto para excluir la responsabilidad por evicción del vendedor, por ejemplo) o por la determinación estrictamente unilateral de actuar de una forma tal que produzca la exclusión del referido factor, como ocurre cuando uno de los varios fiadores decide acogerse al beneficio de división si el acreedor le reclama la totalidad de la deuda garantizada, como bien puede.

Porque aquí es donde se halla la clave de la cuestión. Lo básico y determinante de la materia no radica en que los fiadores puedan frustrar, si tal es su deseo, la legítima pretensión del acreedor de obtener de uno o de varios de ellos el débito entero, que ello es algo que, en cuanto circunstancial y operante, tan sólo se da en el caso de que la voluntad individual decida provocarlo, sino en el hecho de que, no obstante, el beneficio legal de división, el acreedor continúe legitimado para seguir exigiendo a cada uno de los cofiadores el monto total. Si el beneficio de división no impide semejante posibilidad de reclamo por parte del acreedor, y si la impidiere ya no cabría hablar de beneficio en cuanto recurso facultativo, contingente y opcional, ello prueba, a nuestro entender, dos cosas: una, que la obligación que se contempla nació como solidaria, no obstante la existencia *in potentia* del beneficio de división, y la otra, que dicha obligación continúa ostentando la caracterización de solidaria aun en el caso de que alguno de los cofiadores haya decidido el ejercicio del mencionado mecanismo favorecedor.

Esta es, pensamos, la interpretación y valoración del supuesto en estudio que mejor se acomoda a su naturaleza y función, por más que entre nosotros presente dificultades adicionales por la insólita y extravagante redacción del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil. Ahora bien, sentirse prisionero de la letra del precepto y entrar en una dinámica que pugna con los precedentes históricos, con los datos del Derecho comparado que previsiblemente tuvo en cuenta nuestro codificador y, sobre todo, con las previsiones contrarias de la otra parte del precepto y del resto de la regulación global de la cofianza, no es, precisamente, la forma más rigurosa de enfrentar el tratamiento científico de la figura ni de alcanzar conclusiones coherentes, armónicas y convincentes.

Lo que no cabe es que a la vista de los elementos en juego se intente establecer algún tipo de *entente cordiale* entre factores que no admite situación alguna de interrelación. División *ex lege* de la obligación asegurada y beneficio de división respecto a la misma no pueden cohabitar, hágase el esfuerzo de imaginación que se haga, porque si la división del débito se produce *ministerio legis* ya no es posible, carece de sentido y resulta absurdo cualquier remisión a un ulterior fraccionamiento de la deuda, ahora en virtud del ejercicio de un beneficio divisorio reconocido a los cofiadores; y si la

aludida división tan sólo tiene lugar cuando así se reclame por alguno de los legitimados al respecto, es obvio que resulta excluida cualquier posibilidad de fraccionamiento *ipso iure*.

Al no percatarse o resistirse a admitir este tipo de consideraciones, se incurre en planteamientos de dudoso rigor. Así, por ejemplo, SANTAMARÍA afirma que la equiparación entre el beneficio de división y la mancomunidad no es absoluta, porque el primero cesa en determinados casos (10). El planteamiento no es ése, ya que no se trata de equiparar o acercar mancomunidad y beneficio de división por cuanto uno y otro tipo de situación no pueden coexistir: cuando exista mancomunidad resulta ociosa cualquier referencia al beneficio divisorio, y cuando opere éste es, sencillamente, porque aquélla no está presente. En consecuencia, no se trata de que el beneficio de división desaparezca en determinados supuestos, sino de que el mismo no puede existir cuando se parte de una situación de mancomunidad, tal como la que tendría lugar de aceptarse la partición *ex lege* de la deuda confianzada; y, si por el contrario, el beneficio en cuestión cesa en precisos casos es, precisamente, porque existe *in genere*, esto es, en la generalidad de supuestos de fianza múltiple y conjunta, circunstancia que determina el que no quepa hablar de mancomunidad y haya que contemplar necesariamente la situación de vinculación solidaria.

En parecidas contradicciones incurre GULLÓN BALLESTEROS. Para este autor, por principio, la pluralidad de deudores no entraña solidaridad entre los mismos y, en consecuencia, el acreedor no puede exigir a cada uno sino la parte suya; pero el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil habla del beneficio de división, que consiste en la facultad de cada cofiador de obligar al acreedor que le reclama el pago por entero de dividir su acción, exigiendo la parte y proporción de cada cofiador. Pues bien, este juego de circunstancias le lleva a la insólita conclusión de que el párrafo primero del referido artículo 1.837 impone el beneficio de división *ex lege*, por lo que «el acreedor no puede dirigir su acción contra los cofiadores sino por su parte, sin necesidad de alegación del beneficio por el cofiador demandado» (11).

El resultado de la puesta en relación de los mecanismos jurídicos recogidos en los dos párrafos del artículo 1.837 del Código Civil no puede ser más llamativamente paradójico, porque si la primera parte del mismo impone la no solidaridad entre los cofiadores, la segunda no puede recoger el beneficio de división, aunque sólo sea por la contundente razón de que no hace falta, y en Derecho nada es ocioso ni reiterativo.

Claro que la construcción que se comenta intenta superar semejante contradicción mediante un subterfugio en verdad asombroso: Como no es fácil

(10) SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, pág. 866.

(11) GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 444.

compaginar las previsiones de las dos partes del precepto, unámoslas aunque sea compulsivamente, impongamos el beneficio de división *ex lege* y sujete-mos al acreedor a la necesidad de tener que plantear su reclamación frente a los cofiadores por la parte de cada uno, «sin necesidad de alegación del beneficio por el cofiador demandado».

Un beneficio, cualquiera que sea, no se puede imponer *ex lege*, porque entonces deja de ser beneficio (por definición, algo que tan sólo opera en los supuestos de que su destinatario decida acogerse al mismo) y pasa a convertirse en mero efecto legal, presente en todos los casos, automático y de obligada aplicación, salvo los supuestos de excepción también legalmente contemplados. Si se entiende que el «se divide» del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil no es otra cosa que la consagración legal del beneficio de división, se está incurriendo en el doble equívoco de acudir a la producción de un efecto legal ordinario mediante la generalización del *ius singulare* que entrañan los beneficios (camino harto peculiar y retorcido) y a la caracterización de la obligación mancomunada de los cofiadores, régimen normal, en principio, en nuestro Derecho por virtud de la presunción de mancomunidad que en el mismo impera en materia de relaciones obligatorias plurales, mediante el mecanismo excepcional del beneficio de división.

Singular beneficio éste que, no obstante, reconocerse a los cofiadores, produce sus efectos de manera mecánica, no puede ser renunciado por sus titulares y no precisa ser alegado cuando se produzca el supuesto de hecho que explica su existencia y justifica su ejercicio. Beneficio sin beneficio, defensa que no hace falta (ni se puede) esgrimir, favor que no puede ser obviado, tuición legal que se produce por vías ajenas a la misma. Demasiado complicado y escabroso como para adentrarse en una explicación de ese tipo, cuando, según se ha explicitado en las páginas precedentes, existe una forma más cómoda y apropiada de entender la desdichada norma del artículo 1.837 del Código Civil.

Porque, ¿no es mucho más lógico considerar que cuando la primera parte de la misma habla de «se divide» se está refiriendo a la situación que se producirá cuando se ejercite, en la forma y medida que correspondan a su sustancia jurídica, el beneficio de separación, en vez de estimar que aquella expresión está plasmando la recepción del supuesto beneficio como un efecto general y mecánico de la norma?

De esta segunda forma, el beneficio deja de ser beneficioso, su juego se diluye por completo, su carácter facultativo se esfuma y, sobre todo, no existe manera de compaginar adecuadamente semejantes traslación y mutación del susodicho recurso con la previsión legal de que «el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal», porque aunque ello quisiera entenderse, forzando injustificadamente los términos, en el sentido de que en tales

supuestos lo que sucede es que resulta excepcionada la división *ex lege* que la norma establece, siempre resultaría difícil de explicar cómo las supuestas excepciones legales pueden coincidir con los «casos y causas» que determinan el cese del beneficio de orden contra el deudor principal, habida cuenta que se estarían mezclando categorías jurídicas inconfundibles y tratando de la misma manera genuinas *exceptiones legis* y meras resoluciones facultativas de beneficio.

En cambio, al entender que la división que pronuncia el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil sólo tiene lugar cuando el cofiador demandado haya ejercitado frente al acreedor demandante y «contra» los otros cofiadores (como con toda justeza signa la ley) el beneficio de división, el conjunto cobra armonía, sus partes se ordenan adecuadamente y resplandecen la coherencia y la lógica. El beneficio de división sigue siendo beneficio de división, sus efectos sólo se producen cuando se invoquen, la obligación de los cofiadores no se desnaturaliza ni choca en este caso con lo que respecto a ella disponen otros preceptos del Código Civil reguladores de la fianza conjunta, y el titular del mismo continúa ostentando la natural e impostergradable facultad de renunciar a dicho beneficio divisorio.

Apegarse a la letra de la ley y no intentar superar las contradicciones de la misma elevando el punto de mira y recurriendo a los lícitos recursos que brinda la argumentación jurídica conduce a situaciones tan chocantes como las que se han expuesto y las que se van a exponer a continuación. Así, ALVENTOSA DEL RÍO considera que en cuanto del párrafo segundo del artículo 1.837 parece deducirse la presencia del beneficio de división a favor de los cofiadores y al mismo tiempo, en el párrafo primero, se reconoce también como regla general la división de la deuda, de modo que el acreedor sólo puede reclamar a cada fiador la parte que le corresponde satisfacer, deberá concluirse que la concesión del beneficio de división supone que cuando el acreedor reclame a un fiador la totalidad de la deuda, éste podrá oponerle el beneficio de división; algo que significa que «la división de la deuda se establece como regla general en el párrafo primero del artículo 1.837, y la división de la acción del acreedor se establece en el párrafo segundo de dicho precepto».

Ello lleva a la autora a formular dos consideraciones frente a la tesis de que el beneficio de división es superfluo porque la división de la deuda se establece *ex lege*. La primera, que el beneficio de división existe como un derecho de cofiador, pero no sólo frente al acreedor sino también frente a los demás cofiadores que se le concede en los supuestos normales de cofianza. Y la segunda, que si tal beneficio no existiera, el cofiador mancomunado, al reclamarle el acreedor la totalidad de la deuda, podría negarse a cumplir la obligación alegando sólo la división de la deuda frente al acreedor; pero, al tener concedido tal beneficio, puede negarse a cumplir íntegramente la deuda

tanto frente al acreedor como frente a los demás cofiadores, alegando no sólo la división de la deuda sino también la división de la acción del acreedor (12).

El pensamiento expuesto resulta en extremo complicado, enrevesado y, en ocasiones, contradictorio. Si la ley estableciera de manera general y mecánica la división de la deuda asegurada por varios fiadores conjuntamente, no es que cuando el acreedor reclamara a uno de ellos la totalidad del débito puede éste oponer el beneficio de división, sino sencillamente que aquél no podría *in limine* plantear una reclamación semejante, en cuanto estaría pidiendo algo a lo que no tiene derecho, tal cual ocurre cuando cualquier acreedor mancomunado (y éste sería un caso doblemente normal de obligación mancomunada, por aplicación del principio general y por imponer la ley expresamente la división) intenta reclamar de uno de los deudores la prestación íntegra. De la misma manera que en este supuesto el deudor demandado no necesita para defenderse de la pretensión del acreedor acogerse a beneficio alguno, sino tan sólo hacer notar *in limine litis* que él no es un deudor solidario, también aquí si la ley consagrara realmente la división de la deuda entre los cofiadores, acogerse éstos al beneficio de división no sólo resultaría improcedente sino también estéril y redundante.

Acudir a una supuesta diferenciación entre división de la deuda, que establecería el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, y división de la acción, consagrada en la segunda parte de dicho precepto, supone establecer una distinción sin base ni justificación suficientes. Si el artículo 1.837 dividiese la deuda dividiría también, necesaria e indefectiblemente, la acción para exigirla, porque una y otra, aunque distinguibles *in vitro* y diferenciables en la formulación conceptual, no son más que una misma y sola cosa. El acreedor al que la ley le fracciona el crédito (arg. *ex* artículo 1.137 del Código Civil), ve también como inexcusablemente su acción se divide, de manera que tanto extrajudicial como judicialmente sólo podrá reclamar a cada uno de los deudores la parte del total que le corresponda.

Que intente ignorar semejante circunstancia y plantee la reclamación judicial del crédito entero frente a un concreto o unos concretos deudores es siempre posible en el plano fáctico, cual ocurre en cualquier situación en que alguien plantea el reclamo de un derecho que no le corresponde o en una medida mayor de la que le está atribuida; pero para frustrar semejante pretensión no hace falta ocurrir a beneficio legal alguno, sino que ello viene impuesto así por la propia caracterización de la figura, por lo que bastará hacer notar que el demandante está haciendo valer un derecho que no le corresponde en los términos que pretende. En realidad, resulta insólito considerar que la deuda la divide la ley y la acción sólo se divide si el deudor se acoge al

(12) ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ambito de responsabilidad*, Granada, 1982, págs. 215-216.

beneficio de división, porque resulta innegable que la segunda división es mera consecuencia obligada de la primera y que el juego del beneficio divisorio en dicho supuesto, albarda sobre albarda, ni se necesita, ni tiene sentido, ni admite justificación.

Las dos consideraciones que, sobre la base de la peculiar construcción criticada formula la autora en cuestión también resultan harto singulares y extrañas. En efecto, afirmar que el beneficio de división existe como un derecho del cofiador «no sólo frente al acreedor sino también frente a los demás cofiadores», es no haber captado la sustancia y función del mecanismo divisorio que nos ocupa.

Cuando en el caso de fianza conjunta el acreedor, según pensamos, puede plenamente en nuestro sistema civil, reclama de uno de los fiadores la satisfacción del débito entero y éste se acoge al beneficio de división, aunque no cabe desconocer que semejante defensa provocará que el demandado no pueda ser condenado a satisfacer más que la parte que le corresponda, y en tal sentido resulta evidente que formal o procedimentalmente el beneficio opera «frente» al acreedor, lo que realmente ocurre es que su ejercicio llama a colaborar a los restantes fiadores, hace partícipes pasivos en la reclamación a todos los garantes y les obliga a tener que soportar *pro quota* lo que el acreedor pretendió *pro totum* de uno de ellos.

Vistas así las cosas, no parece posible ocultar o difuminar que el derecho que emanaría del *beneficium divisionis*, aunque formalmente se haga valer frente al acreedor, por cuanto su ejercicio va ligado a la circunstancia de que éste ha reclamado al que lo esgrime la satisfacción íntegra de la deuda garantizada, sus destinatarios reales, los sujetos afectados, los que efectivamente van a soportar los efectos de su actuación son los demás cofiadores, ya que van a resultar compelidos a tener que aportar la parte del débito que les corresponda cubrir. Por ello, con todo rigor, cuando el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil intenta equiparar los casos de cese del beneficio de división a los que se dan en relación al beneficio de excusión, advierte que mientras éste se da «contra el deudor principal», aquél opera «contra los cofiadores». Tales cofiadores, que resultarían excluidos de no existir el beneficio de división (sin perjuicio de los reintegros internos propios del juego de la solidaridad pasiva), resultan involucrados y se ven obligados a contribuir de manera directa e inmediata, en base a que el fiador demandado ha hecho valer el beneficio de división que llama a participar a todos los que de manera conjunta garantizaron la deuda de otro.

La segunda consideración tampoco tiene desperdicio, pues no se alcanza a ver cómo el juego del beneficio de división faculta al que lo alega no sólo para oponerse al cumplimiento íntegro de la obligación frente al acreedor sino también frente a los demás cofiadores, ya que resulta obvio que una cosa no es más que consecuencia de la otra, o, *rectius*, que ambas no son más que

facetas o aspectos diversos de una única situación. El beneficio de división permite incidir patrimonialmente sobre todos los cofiadores porque ha provocado el fraccionamiento de la deuda que el acreedor intentaba cobrar entera de uno solo de ellos, pero resulta que se llega a la misma conclusión al considerar que la ley ha establecido la división del débito garantizado, ya que al no poder reclamar el acreedor a cada uno de los fiadores sino su parte, todos tendrán que contribuir de manera directa a la satisfacción del crédito.

Con lo que tendremos que el beneficio de división que reconocería la segunda parte del artículo 1.837 del Código Civil a los cofiadores no añadiría absolutamente nada a la situación existente, caso de afirmar, según pretende la autora que se comenta, que en la primera parte de dicha norma se ha establecido la división *ex lege* de la deuda asegurada por los fiadores. La división mecánica del débito encierra todas las virtualidades jurídicas que pueda entrañar el beneficio divisorio y torna a éste innecesario y redundante; querer derivar a través de los dudosos cauces de la distinción entre división de la deuda y división de la acción la coexistencia entre las dos clases de situaciones jurídicas, amén de estar condenado al fracaso, es uno de los *divertimentos* más estériles que cabe imaginar.

En fin, tampoco GUILARTE ZAPATERO acierta, en nuestra opinión, a la hora de caracterizar el supuesto que nos ocupa. Para él, lo que en principio dispone el artículo 1.837 del Código Civil es que, salvo estipulación expresa de solidaridad, la obligación de los cofiadores se divide entre todos, con lo que se reproduce la doctrina de los artículos 1.137 y 1.138, sancionando la mancomunidad simple que, sin embargo, no produce la totalidad de sus efectos de plantearse alguna de las hipótesis del apartado segundo del propio precepto. Es decir, así como el Código Civil francés parte de la responsabilidad de cada cofiador por toda la deuda, pero admite la división de la misma si todos los fiadores son solventes, porque no hay perjuicio para el acreedor principal, «nuestro Código arranca de la responsabilidad de cada fiador por su parte, pero establece que la división cese en los casos que dice el apartado segundo del artículo 1.837, porque, de no ser así, presumiblemente existiría perjuicio para el acreedor, que es lo que se quiere evitar».

Para el profesor GUILARTE, en nuestro ordenamiento civil la cofianza puede estructurarse como obligación solidaria o mancomunada simple, con la plenitud de efectos y consecuencias que en cada caso ello conlleva, y, si nada se ha estipulado, la división de la deuda entre todos los cofiadores se establece *ex lege*, por más que cada uno de ellos deberá responder del total en los casos del apartado segundo del artículo 1.837, pero sin que ello suponga que la obligación se convierta en solidaria. En su opinión, «parece que la solución del Código se asienta en la idea de que entre todos los cofiadores se garantiza al acreedor principal, por lo que, si tal garantía se disminuye por las circunstancias en que alguno de aquéllos se encuentra, su deficiencia debe ser com-

pletada por los restantes». Idea que, según piensa, se hubiera expresado con mayor exactitud señalando, tal como hacía el Proyecto de Gorosabel en su artículo 835, que «cuando celebren muchos la fianza, simplemente están obligados a pagar la parte del cofiador que llegue al estado de insolvencia»; reflexiones que llevan al civilista en referencia a considerar, en suma, que la invocación que el artículo 1.837 hace al beneficio de división «dista mucho de ser afortunada» (13).

Con resultar tributaria de la letra de la ley también en exceso e innecesariamente, la construcción del profesor GUILARTE ZAPATERO es la más rigurosa y mejor trabada de todas las que hemos comentado. Advertir que, a menos que se haya pactado la solidaridad, al establecer el artículo 1.837 la división de la deuda está reproduciendo simplemente, *hic et nunc*, la doctrina de la mancomunidad simple (*sic*) que sancionan los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil es por completo lógico y coherente. Ahora bien, colegir de ello que semejante mancomunidad no produce todos sus efectos cuando surge alguna de las hipótesis que contempla la segunda parte del artículo 1.837, supone, en nuestro sentir, una visión deformada del fenómeno.

Porque, en efecto, de ocurrir las cosas de esta manera, tendríamos que una obligación plural nacida mancomunada porque los interesados no han pactado la solidaridad devendría de esta última condición cuando, por ejemplo, uno de los cofiadores renunciase a la división o ¡cuando se hubiese obligado solidariamente con el acreedor! (art. 1.831 del Código Civil), con lo que se estaría recibiendo por la ventana a quien se acaba de expulsar por la puerta y se estaría transformando en solidaria una obligación que ni los interesados ni la ley quisieron con este carácter, y todo ello porque en alguno de los cofiadores se han producido determinadas circunstancias que pueden poner en entredicho la plena satisfacción del acreedor.

GUILARTE ZAPATERO no advierte que el símil que pretende establecer entre el sistema francés de vinculación de los cofiadores por el todo y posibilidad de división de la deuda entre los que resulten solventes, y el sistema español de responsabilidad *pro parte* de los mismos y cese de la división en determinadas hipótesis, en aras en uno y otro supuesto a evitar perjuicio al acreedor, no es aceptable, porque mientras resulta con pleno sentido que establecida la responsabilidad solidaria de los varios fiadores la misma queda aparcada en el supuesto de que alguno de ellos invoque el beneficio de división, en cambio no cabe aceptar que una obligación nacida legal y voluntariamente mancomunada resulte solidaria, caso de que alguno de los fiadores se encuentre en determinadas situaciones, algunas de las cuales poco o nada tienen que ver con la pérdida de la solvencia patrimonial.

(13) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, págs. 903-904.

Es muy diferente decir que en una obligación solidaria, a menos que se haya renunciado al beneficio de división, cada uno de los fiadores puede exigir al acreedor que divida su pretensión entre los garantes solventes al momento de dicha partición, que es lo que establece el artículo 2.026 del *Code*, que decir que por más que la deuda garantizada se haya dividido de manera mecánica y obligada entre los varios fiadores, esa división cesa cuando se produzcan algunos de los casos del artículo 1.831 del Código Civil, porque ello desnaturaliza completamente el supuesto planteamiento legal de la materia, cosa que no ocurre en el caso francés.

Aparte de que considerar que si nada se ha estipulado en otro sentido la división de la deuda entre todos los cofiadores se establece *ex lege*, pero que en determinados casos cada uno de ellos responderá del total de la misma, «sin que se convierta la obligación en solidaria», resulta una construcción de muy dudosa legitimidad. En efecto, una cosa es decir que respecto a una obligación solidaria el efecto típico de la misma de poder percibir la deuda íntegra de uno de los varios deudores puede quedar paralizado si el mismo se acoge al beneficio de división, que fue creado precisamente para producir coyunturalmente esta consecuencia, y otra, particularmente diferente, que en una obligación mancomunada en la que el efecto típico de la misma de reclamación *pro parte* a los varios deudores queda marginado, pero no porque uno de éstos haya acudido voluntariamente a la protección que le dispensa un determinado beneficio legal, sino porque la propia ley excluye la división misma por ella sancionada, quepa afirmar que, ante semejante evento, dicha obligación mancomunada no se ha configurado como obligación solidaria.

En consecuencia, no es que, como dice GUILARTE ZAPATERO, la «invocación al beneficio de división dista mucho de ser afortunada», porque el mal no está en esa parte del artículo 1.837, sino en el primer párrafo del mismo, sino más bien que al no querer acoger este recurso en su prístina configuración y extraer del mismo toda la virtualidad que entraña se tiene que llegar indefectiblemente a algunas de las paradojas y contrasentidos que en las páginas precedentes se han intentado denunciar.

Solidaridad de la deuda y beneficio de división a favor de los cofiadores pueden compaginarse, en cuanto el efecto del fraccionamiento del débito no es algo mecánico si no potestativo y casual; mancomunidad de la obligación y beneficio de división no hay forma alguna de conciliarlos, por cuanto la primera situación torna imposible e innecesaria la segunda. Intentar darle la vuelta mediante el subterfugio de que el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil lo que realmente plantea es que la división *ex lege* no tiene lugar cuando se produce alguna de las hipótesis del artículo 1.831 *eiusdem*, aparte de que supone ignorar la carga jurídica que histórica, conceptual y comparatísticamente entraña la locución «beneficio de división», conduce a contrasentidos insuperables.

En efecto, resulta imposible explicar en forma mínimamente coherente que el efecto legal de la división automática de la deuda garantizada cese, por ejemplo, en el caso de que el fiador demandado haya renunciado expresamente al beneficio de división (arts. 1.837 y 1.831 del Código Civil), si resulta que dicho fiador no tiene precisamente semejante beneficio. Y si lo tiene, diga lo que diga la ley y por más que el párrafo primero del artículo 1.837 hable de «se divide», no cabe otra interpretación racional y lógica de la misma que la de entender que el fraccionamiento del débito sólo se produce cuando los cofiadores invocan el beneficio de división.

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

Vocación y delación de la herencia

A mi esposa, Carmen

SUMARIO: I. LA CUALIDAD DE HEREDERO: A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—II. LA VOCACION: INTRODUCCION. 1. TEORÍA POSITIVA. 2. TEORÍA NEGATIVA.—III. TEORIAS INTERMEDIAS. A) VOCACIÓN TESTAMENTARIA. B) VOCACIÓN LEGÍTIMA.—IV. LA DELACIÓN: A) LA TRANSMISIÓN DE LA DELACIÓN.—V. CONCLUSION.

I. LA CUALIDAD DE HEREDERO

Subcedere supone: variedad de sujetos, identidad de relaciones, lo que conlleva una mutación subjetiva (cambio de los intervinientes), y una posición jurídica objetivamente invariable (persistencia de la relación) (1). La modificación subjetiva surge por la voluntad del causante manifestada en testamento (sucesión testamentaria), y en su defecto por la voluntad de la ley (sucesión legítima). La modificación objetiva es el subentrar del designado en la conjunción de relaciones jurídicas de su predecesor (2).

El objeto de la sucesión es la herencia (3). El sujeto pasivo de la transmisión sucesoria es el heredero que resulta designado por el testador, a la vez que le atribuye la cualidad de heredero. Por la designación testamentaria el causante otorga un título formal: documento que habilita al heredero para

(1) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pág. 103. Cfr. CARLOTTA-FERRARA, L., «Problemi di teoria generale nel diritto ereditario», *RDC*, 1955 (1), págs. 14-44; STOLFI, G., «Note sul concetto di successione», *RTDPC*, 1949 (1), pág. 535.

(2) MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de S. SENTIS MELENDO, tomo VII, «Sucesiones», Buenos Aires, 1956, pág. 18.

(3) ROCA SASTRE, R. M., «Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. KIPP». *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus-Kipp-Wolf*, traducción de la decimoprimerá revisión por H.

aceptar o repudiar la herencia a él deferida, la cualidad de heredero resulta aquí una condición extrínseca, pues el causante le está atribuyendo una cualidad personal y permanente (4).

Por el título queda el heredero habilitado para suceder al causante, pero no está vinculado a la adquisición de bienes, porque la institución de heredero es válida aún no existiendo activo hereditario, digo más, aunque sólo exista el pasivo (5), la cualidad de heredero es una concreta situación que se establece para el llamado en la sucesión (6), así lo entendió el Tribunal Supremo, en su tercer considerando de la sentencia de seis de febrero de 1926: «*La aceptación o adición de la herencia es un acto que el CC declara enteramente voluntario y libre, por el cual la persona individual o jurídica a quién se defiere una herencia hace conocer su resolución de tomar la cualidad de heredero y contraer las obligaciones que del título lleva consigo*».

El título de heredero no supone ostentar una titularidad sobre bienes hereditarios (7), sino es un documento en sentido formal que autentiza el fundamento de la sucesión a través de la designación del heredero por el testador, o por la voluntad de la ley. Título y titularidad son anverso y reverso de un mismo fenómeno, el título: «*Es el documento que constata la razón de adquisición*». La titularidad: «*Es una conexión de un derecho con un sujeto*»(8). El título de heredero lo otorga la voluntad del causante manifestada en testamento, artículo 658-667 del Código Civil, y en su virtud es llamado a la herencia (**vocación**), para atribuirle la posibilidad mediata de ofrecerle la herencia (**delación**), para su posterior adición: *acto unilateral y voluntario, por el cual es llamado a manifestar la asunción de la titularidad* (9). El Tribunal Supremo, en su sentencia de siete de junio de 1949, declaró: «*La*

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», *RDN*, tomo 32, 1961, pág. 64-74. CÁNOVAS COUTIÑO, G., «Derecho de Sucesiones», *RCDI*, 1962, pág. 177. CICU, A., *Derecho de Sucesiones, parte general*, traducción de la segunda edición italiana por J. M. GONZÁLEZ. PORRAS, anotaciones M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1964, pág. 49.

(5) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho de Civil* (V). «Derecho de Sucesiones», Barcelona, 1988, pág. 24. CICU, A., *op. cit.*, pág. 46. Artículo 764-1 del Código Civil.

(6) MESSINEO, F., *op. cit.*, pág. 18.

(7) DORAL, J. A., «Titularidad y patrimonio hereditario», *ADC*, tomo 36, 1973, pág. 462, citando la sentencia del TS de 28-1-1970.

(8) FERRARA, F., *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, 1921, pág. 448, citado por G. BOTANA GARCÍA, «Estudio comparado de los regímenes jurídicos español y suizo relativo a las situaciones de cotitularidad en el derecho de propiedad», *RCDI*, núm. 629, 1995, pág. 1.309. BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 19. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudio sobre Derecho Hipotecario*, tomo 1, tercera edición, Madrid, 1994, pág. 461.

(9) ROCA SASTRE, R. M., *op. cit.*, pág. 18-19. DORAL, J. A., *op. cit.*, pág. 455-456. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., «Cesiones de derecho hereditario», *RDN*, tomo 55, 1967, pág. 226.

condición de herederos que se reclama para los hijos naturales y reconocidos testamentariamente obliga al juzgador a examinar el título en donde se puede invocar dicha condición»; asimismo, la sentencia de veintidós de mayo de 1959: «*El heredero forzoso, aunque sea en concepto de hijo natural renacido, aparece ante la herencia constituida en la forma dicha, con un derecho subjetivo que le otorga la Ley, que podrá o no ser satisfecho «in acto», según exista o no al deferirse la herencia, bienes con que hacerlo pero que persiste en potencia en él mientras ostente la cualidad legal con proyección sobre todo cuando en presente, pasado o futuro provenga de la persona de quién trae causa*». En efecto, la cualidad de heredero es una adjetivación de heredero, pues existe cuando lo manifiesta el testador, es decir, el *de cuius* otorga el título de heredero, a la vez que atribuye la cualidad de heredero, en su defecto, será la Ley quien otorgue el título de heredero, pero aquí la calidad de heredero se entiende implícita, es un valor intrínseco en la persona, un distintivo que le pertenece por naturaleza, se trata pues, de un sujeto que por el nombramiento *ex lege* queda cualificado para aceptar o repudiar la herencia a él deferida. Así lo reconoció el Tribunal Supremo, en su sentencia de veintidós de mayo de 1950. «*No puede considerarse fundados en una unidad indivisible la persona del causante y el patrimonio material que a su fallecimiento posea, sino que son conceptos y entidades bien separadas, y como dicha cualidad legal subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no en la entidad patrimonial*».

A mi parecer, es importante la determinación de quién es el que tiene la condición de heredero, porque si bien, el testador puede dividir toda su herencia en legados, sin atribuir la cualidad de heredero a nadie, artículo 861 del Código Civil (10), asimismo, puede el causante disponer en beneficio de un tercero una cuota, la cual será legatario de parte alícuota y no un heredero pero ambos compartirán la herencia pues la disposición así efectuada supone para el heredero una obligación frente al tercero (11), por el contrario, si el *de cuius* distribuye toda la herencia en cosas determinadas (*ex re certa*), el así instituido será heredero y no legatario (12), es decir, no es la disposición a título universal la que atribuye la cualidad de heredero, sino el nombramiento de heredero en cuotas partes, en cosa cierta y determinada, o en una unidad, lo que otorga dicha cualidad (13).

(10) GARCÍA RUBIO, M. L., *La distribución de toda la herencia en legados, un supuesto de heredero sin herencia*, Madrid, 1989, pág. 219 y ss.

(11) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, cuarta edición, Barcelona, 1991, pág. 21.

(12) VALLET DE GOYTISOLO, J., *La institución en cosa cierta. Estudio de Derecho sucesorio*, vol. 1, segunda edición y ampliada, Madrid, 1987, págs. 299-347.

(13) NÚÑEZ LAGOS, R., «El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil», *RGLJ*, 1951, pág. 409.

No obstante, de cuanto hemos dicho, podemos concretar que: heredero y cualidad de heredero, en la sucesión testamentaria se complementan recíprocamente, por cuanto el sucesor es designado por su predecesor, a la vez que le atribuye la cualidad de heredero, pero existen supuestos en que la cualidad de heredero en relación con el título formal que lo sustenta puede quedar disociado, debido fundamentalmente a situaciones jurídicas subjetivas (14) a la que puede ser sometido el heredero por voluntad del causante (15) y por tanto no se produce la vocación testamentaria, pero la condición de heredero supone una situación de poder-deber que continua a modo de gestor. Como dice el profesor GITRAMA (16), «en la interinidad y anormalidad que se crea tras el heredero *«conditio pendet»* alguien debe atender los bienes, los cuida, los conserve y defienda». Por el contrario, en la sucesión legítima la disociación entre el título de heredero y cualidad de heredero no es posible, porque ésta es instada por los que acrediten en derecho ostentar el título de heredero, artículo 913 del Código Civil.

La diferencia puede resultar mas académica que real, pero creemos de importancia práctica, v.gr.: si la herencia queda en «pendencia» esta será por la voluntad del testador (situación subjetiva), una vez cumplida se puede producir la vocación, en cambio, si la herencia queda «suspendida», por anormalidad o interinidad (situación objetiva), mientras tal situación no desaparezca puede transcurrir un tiempo más o menos largo en que la herencia queda yacente, ambas situaciones convergen en que pueden producir la administración de la herencia (17), pero se diferencia en que la «subjetividad», está referida a la voluntad del testador, la «objetividad», está referida al período comprendido entre la apertura y la aceptación del llamado (18), así lo declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de siete de mayo de 1990: *«La muerte*

(14) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 606 y ss. Sostiene que situaciones jurídicas interinas, nacen con el signo de la limitación, y su propia naturaleza señala su finalidad transitoria: la de mantener un cierto *statu quo*, mientras que no se den las circunstancias, para que sea sustituida la situación interina por la definitiva. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 37. LAGAZ Y LACAMBRA, L., «Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones», *RDP*, 1943, págs. 717-720.

(15) Cf. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, págs. 29-84.

(16) *Op. cit.*, pág. 29.

(17) GITRAMA GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pág. 24.

(18) Como regla general, la sucesión es testamentaria, porque atiende a la voluntad del causante; supletoriamente, la sucesión es legítima porque suple la falta de disposición por parte del testador, excepcionalmente, la sucesión es en parte deferida por la voluntad el hombre, en parte por disposición de ley, artículo 658 del Código Civil. En base a este precepto distinguimos dos situaciones, las denominadas «objetivas», que serían aquellas en que el heredado renuncia y queda la herencia a la espera de nuevos derecho habientes; el instituido fallece sin aceptar ni repudiar y los herederos de este demoran la aceptación; el representante del menor deja transcurrir el plazo de la aceptación; herencia a favor de persona jurídica no reconocida por Ley en el momento de la disposición testamentaria, ya

puede ser, en efecto, el momento inicial de la situación de yacencia, pero sin que opere la transmisión o cambio en el patrimonio hereditario, aunque permanezca en estado de yacencia precisamente si el heredero llamado no realiza ningún acto de aceptación expresa o tácita de dicha herencia».

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La teoría del estado de persona «*status*», es de origen romano, primariamente supuso una condición (19), un atributo otorgado a una persona por su

que las reconocidas heredan por testamento artículo 746 el Código Civil; la herencia distribuida en legado haya sido declarada nula, artículo 891 del Código Civil. Pero junto éstos distinguimos las denominadas: «situaciones subjetivas», v. gr.: El indigno o desheredado, artículo 929 el Código Civil; el heredero bajo condición suspensiva, artículos 759-801; el heredero instituido bajo condición resolutoria, artículos 790, 791, 792 y 797, del Código Civil; supuesto del heredero a término resolutorio o suspensivo, artículo 805; heredero bajo condición sub-modo, artículo 797 del Código Civil; heredero bajo condición potestativa, artículo 795; heredero bajo condición causal o mixta, artículo 796; el supuesto de *nasciturus*, artículos 965-967 del Código Civil; el concebido y no nacido (*concepturus*); administración provisional de la herencia, artículos 999-111, del Código Civil; herencia beneficiaria, artículos 1.020 y 1.026 a 1.035 del Código. Las situaciones subjetivas conllevan la posibilidad de administración hereditaria, artículos 1.020, 1.026 y 1.032-2.º, asimismo, los artículos 1.027 y 1.034; por el contrario las situaciones objetivas, pueden producir la yacencia hereditaria. En ésta, el heredero es llamado y como tal ostenta una cualidad revestida de poder para ejercer acciones de tutela de la herencia, pueden realizar actos de conservación, administración y vigilancia de la herencia, cuyos actos no implican aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero; en aquella, supone que los bienes quedan vacantes por el fallecimiento de su titular hasta que son adquiridos por el llamado.

Desde este punto de vista, el heredero como sujeto designado por ley o testamento puede realizar actos en beneficio de la herencia, bien extinguiendo límites, o removiendo obstáculo, en tanto no existan límites subjetivos que le impidan efectuar la vocación, sólo ostenta una cualidad a modo de *status impropio*, sostiene el profesor ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 49. Esto es una condición *personal e indeleble*, afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, pág. 64; CÁNOVAS COUTIÑO, G., *op. cit.*, pág. 117; DIEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTERO, *op. cit.*, pág. 552; VALLET DE GOYTISOLO, J., «El término y las condiciones en la institución del heredero y en la sustitución fideicomisaria después del Código Civil. La cláusula «si falleciere sin hijos», Estudios, *op. cit.*, pág. 213. *Inalienable*, escribe MESSINEO, F., *op. cit.*, pág. 28, *RDGRN* de 29-8-1925 y 20-12-1930. *Intransferible*, dice CICU, *op. cit.* en pág. 49, STS de 9-10-1962. E *imprescritible* afirma Messineo, F., *op. cit.*, págs. 28 y 251. Diría en este orden SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas generales de Derecho civil*, traducción y concordancia por A. LUNA SERRANO, Madrid, 1964, pág. 2: «No supone la suma de poderes y deberes, sino un Presupuesto de capacidad y por ello actúa en la esfera de poder y deber». Concretamente, en este punto afirma el profesor COSSIO, VV.AA. *Instituciones de Derecho civil*, parte general, tomo 1, Ed. Civitas, 1991, pág. 179. «No es una relación, sino el efecto o resultado de un sistema de relaciones, que a la vez se constituye en fuente de deber-poder que puede afectar a la capacidad de obrar».

(19) SANCHO REBULLIDA, F. A., «El concepto de Estado civil», *Estudios de Derecho civil*, tomo 1, Pamplona, 1978, pág. 60. CICU, A., «Il concetto di «Status», estratto dal volume delle oneranze al Porf. SIMONCELLI, Nápoles, 1914, pág. 5.

condición social (20), como diría el profesor Cossío (21), parafraseando a SAVIGNY: «La posesión de un derecho se considera como una cualidad», no obstante, su concepto resulta oscuro, debido como escribe el profesor DE CASTRO (22), a los propios textos romanos que emplean la palabra «*status*» con distintas alusiones quedando vago e impreciso, pues a lo largo de su evolución histórica dicho instituto decae por la desvinculación del hombre con toda relación social (23).

En el medievo, la concepción de hombre pierde su influencia estoica y se impregna del ideal cristiano (24), gráficamente lo describe el profesor Cossío (25): se pasa de un animal ciudadano a un animal religioso; opera una *mutatis mutandis* de la trilogía del estado de persona romana, por la concepción espiritual del hombre. De ésta época es la dirección ius-naturalista racionalista (26), de donde se pretendió adaptar la vieja teoría del estado persona a la nueva realidad social (27), cuya adaptación supuso por un lado, equiparar estado a condición, y éste, subdividido en natural y civil, de aquél, sigue la trilogía romana, de ésta, engloba situaciones como: edad, sexo, matrimonio, demencia, etc.; que en nada tienen que ver con los textos romanos.

En la época moderna, desaparece en parte la teoría del estado persona, posiblemente, dice el profesor SANCHO REBULLIDA (28): «por la adaptación del añejo concepto de estado a la nueva realidad social»; lo que llevó a cabo una dura crítica por parte de la Escuela Pandectista (29), no solo por lo que supuso la adaptación: adaptar términos romanos a nuevas situaciones sociales, sino porque carecía de base histórica y de fundamentación científica (30), pero además, se prestó por sus detractores a lo que se denominó «*condictio naturalis*», esto es, la que ostentaba todo sujeto por naturaleza,

(20) SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, págs. 79-80.

(21) «Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privados», *RDP*, 1942, pág. 752. SAVIGNY, F. C., *Sistema de derecho romano actual*, traducción MESÍA-POLEY, segunda edición, tomo 1, Madrid, s.f., págs. 434-449. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, pág. 65.

(22) Tomo 11, *op. cit.*, pág. 58.

(23) DE COSSÍO Y CORRAL, A.; COSSÍO Y MARTÍNEZ, M.; LEÓN-CASTRO, L., *Instituciones de Derecho civil*, parte general, tomo 1, Editorial Civitas, 1991, págs. 755-756.

(24) DE COSSÍO Y CORRAL, A., y otros, *op. cit.*, pág. 756. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, pág. 83.

(25) *Op. cit.*, pág. 756.

(26) SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, págs. 85-89.

(27) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 61. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, pág. 90.

(28) *Op. cit.*, pág. 87. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 61.

(29) SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, traducción JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY, segunda edición, tomo primero, Madrid, s.f., apéndice VI, págs. 434-449. DE COSSÍO Y DEL CONAL, A., *op. cit.*, págs. 760-762. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, págs. 87-89. DE CASTRO Y BRAVO F., *op. cit.*, págs. 59-62.

(30) SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, pág. 435.

contrapuesta al estado civil, que en este caso aparece como creación del derecho positivo (31), por el contrario, los pandectista alemanes entiende que estado de persona es sinónimo a condición (32): «modo de ser en virtud del cual un hombre goza de ciertos derechos (33), posesión de un individuo en relación con otro»; por ello cree ésta dirección que el estado de persona está indisolublemente unida a la comunidad, la situación de una persona en dicha comunidad es la que determina su capacidad jurídica, es una condición que tiene la persona por el mero hecho de ser persona, es pues, a nuestro entender, en la capacidad de obrar donde operan las limitaciones que como dice el profesor DE CASTRO (34): «Capacidad de obrar es una cualidad jurídica de persona que determina conforme a su estado la eficacia jurídica de sus actos».

En nuestro Derecho histórico, con base en las Partidas IV, tít. XXIII, Ley 1.^a y 2.^a y la Partida IV, tít. XXIV, Ley II, con mayor rigor jurídico e independencia de su precedente romano, D: 31,77,4; D: 50,13,5,1; D: 37, 14,5; entendió el estado como una situación jurídica originada por los más diversas causas sociales (35), de lo que supuso un intento de acomodar el pensamiento jurídico romano a la nueva realidad social, pero aconteció que dos situaciones de la teoría del estado persona —libertad y ciudadanía—, habían desaparecido desde la sociedad burguesa, quedando la tercera de las situaciones —familia—, ésta última, y desde la Escuela Histórica se reemplazó el criterio puramente individualista de la configuración de la personalidad romana, por el corporativismo floreciente de la época, en donde el individuo queda encuadrado en la sociedad, además, se subordina a la comunidad y de esta manera surge una dirección doctrinal española, que como indica el profesor SANCHO REBULLIDA (36): «se pone el acento en la capacidad de obrar de las personas, no identificándolas, ni siquiera con las circunstancias modificativas, sino considerando al estado como cualidad de persona determinante de su capacidad de obrar». En dicho sentido el estado es: «Cualidad de persona jurídica determinante de su capacidad de obrar» (37). Pero advierte el profesor SANCHO REBULLIDA (38): lo característico del *status* y que lo diferencia de las demás cualidades es no ser una construcción del ordenamiento jurídico, sino una configuración forjada por la realidad social.

(31) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 66.

(32) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 61. SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, pág. 90.

(33) SAVIGNY F.C., *op. cit.*, pág. 435. DE COSSIO Y CORRAL A., *op. cit.*, pág. 751.

(34) *Op. cit.*, pág. 49-50.

(35) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 59. Véase nota pie de pág. n.º 2, pág. 59.

(36) *Op. cit.*, págs. 11 6-117. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, págs. 59-64.

(37) PERÉ RALUY, J., «*Concepto del estado civil*», Pretor, 1953, págs. 25-26.

(38) *Op. cit.*, pág. 115.

En la actualidad, dice el profesor Cossío (39), la doctrina del estado persona ha quedado reducida a dos direcciones doctrinales. A): Estado, entendido esencialmente como relación que la ley toma en consideración para otorgar efecto jurídico. B): Estado, como posición de un individuo en una organización política en donde se regula una serie de situaciones o condiciones en que una persona puede estar en un momento determinado. La primera, supone la igualdad de: estado-capacidad-cualidad. La segunda, existe la igualdad: estado-cualidad, pero distinto de capacidad; ambas son denominadas «Estado Civil», pero hemos visto que históricamente fue el estado una condición reservada a las personas y regulada por ley, pero ahora, jurídicamente, se reserva la situación que la ley regula para otorgarla después a los sujetos. La primera, tiene que producirse la situación para que el ordenamiento jurídico reaccione y por tanto proteja dicho *status* a modo de cualidad jurídica de persona. La segunda, es el individuo integrado en la comunidad y ésta tiene ya regulado una serie de situaciones o cualidades que si está el sujeto comprendido en ellas, el derecho sustantivo le ampara, sin embargo, aunque resulte que hablamos de lo mismo, subrayamos, que de antaño era primero el hombre y luego la condición, en el momento presente, existe la condición y luego el hombre queda encuadrado en ella.

El estado impropio, que creemos aplicable al heredero cuando ostentando una cualidad personal, además de jurídica, es decir, aparte de tener el título formal que le habilita como sucesor hereditario, tiene una cualidad para cuando ese título quede momentáneamente en pendencia, de donde la cualidad permanece y hasta actúa a los efectos que le sea favorable jurídicamente a la herencia, por ello la denominamos impropia, porque aún tomándola en consideración el ordenamiento jurídico, sólo obedece a situaciones de pendencias testamentarias, así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 1950: «*La condición de heredero fundada en un título legítimo puede invocarse contra todos y otorga al que la ostenta, mientras tal título no se anule, todos los derechos y acciones que de dicha condición deriven*».

II. LA VOCACION: INTRODUCCION

No basta que el causante haya fallecido, ni tampoco que éste haya designado heredero o legatario, sino que además, éstos últimos sean llamados a la herencia, como señala ROCA SASTRE (40), para que exista la delación, ha de

(39) «El moderno concepto de la personalidad y de la teoría de los “estados” en el derecho civil actual», *RDP*, 1943, págs. 12-14.

(40) «La designación, la vocación y la delación», *Estudios sobre sucesiones*, op. cit., págs. 40 y ss. SOPENA TOMÁS, J., op. cit., pág. 115. HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit., págs. 493-497.

existir una vocación previa, como fundamento jurídico de la voluntad del testador manifestada en testamento y en su defecto la intención de la ley, esto es, llamar a la herencia a los designados; con acierto dice BELTRÁN DE HEREDIA (41), «la vocación constituye verdaderamente el punto central del fenómeno sucesorio, respecto al momento sólo preliminar de la designación y sólo resolutivo de la adquisición».

En el Derecho de Roma, la transformación familiae-pecuniae (herencia), en *nomen iuris* (entidad jurídica), se produce la prevalencia de la voluntad del causante en instituir o desheredar, hecho éste que a nuestro modo de ver la historia, nos hace pensar que la herencia descansaba en la institución del causante (42).

El ánimo compilador de los juristas bizantinos constata esta prevalencia del testador, Novela 48 de Justiniano: «*Nostris videtur legabus unam quodam modo personam heredes et qui in eum transmittit hereditatem*».

Fue pues por influencia del ius-naturalista-pandentista, cuando el protagonismo de la herencia la adquiere el heredero, posiblemente decimos nosotros, por entender los precodificadores que es en el heredero y no el causante donde debe gravitar la herencia, así tenemos las llamadas teorías de la: «**Representación, Continuidad e Identificación**» (43), todas ellas con idéntico origen, ésto es: La Novela 48 de Justiniano, pero con distinto fundamento, pues en ellas se viene a entender que el heredero continúa o bien representa al causante aún después de su muerte. El desarrollo legislativo posterior se bifurca en los sistemas germano y romano (44), ambos entienden que el heredero ha de ser llamado, pero este acto se hace más patente en el sistema romano, aunque se prescinde por los legisladores de fundamentar la vocación y se entiende que llamar a la herencia está en la delación, cuestión esta que es pues constatable en la legislación comparada (45), pero no quiere ello decir que sea exacto pues si se designa a una persona, lógico es pues que se le llame a la herencia.

No obstante, la necesidad de convocar a los herederos es cuestión pacífica en la doctrina (46), sin embargo, lo que si es discutido en la dogmática, preferentemente italiana, si debe delimitarse vocación de delación, o por el contrario son términos equivalentes, o destacar uno de ellos, lo que ha dado origen a tres teorías, a saber.

(41) «Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario», *RDP*, 1955, pág. 1119. *El Derecho de acrecer (negocios inter vivos y monis causan)*. Madrid, 1956, cap. III, págs. 57-78.

(42) GAYO, II-224; ULPiano, XI-14; *Inst. de Justiniano*, II-22; D: 28,1,1.

(43) FERRARA, F., *op. cit.*, pág. 325.

(44) ROCA SASTRE, R. M., «Crítica Institucional del Código Civil», *Estudio sobre sucesiones*, Madrid, 1989, págs. 42 y ss.

(45) Artículo 720 del Código Civil italiano de 1865, artículo 457 del Código de 1942.

(46) SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 114.

1. TEORÍA POSITIVA: «ADMITE LA SEPARACIÓN ENTRE VOCACIÓN Y DELACIÓN»

Tesis representada por BETTI (47), vocación: es el título o fundamento jurídico por el que es llamado el sucesor a la herencia del causante, delación: es un acto ulterior, consistente en el efectivo ofrecimiento de la herencia. Para BIANCA (48): vocación y delación no tiene comprobación en la ley, pero la vocación indica un efecto derivado del título legal o testamentario donde el sucesor es llamado a la sucesión, lo que quiere decir que existe delación a su favor y por tanto atribución. Afirma TRABUCCHI (49), vocación: es la llamada efectiva, o fundamento jurídico que da vida a la delación. Por su parte RUGGIERO (50), vocación: es el llamamiento hecho a determinada persona, delación: es la posibilidad concreta y virtual de hacer propia la herencia. Para CARIOTA FERRARA (51), vocación: es llamamiento habido tanto en testamento, como en la ley, delación: es atribución al llamado del derecho a suceder. Escribe BARBERO (52), la vocación no quiere decir que el llamado sea heredero, sino simplemente tiene la posibilidad de suceder, la delación: es la puesta a disposición del llamado de la herencia. Para MESSINEO (53), vocación hereditaria (llamamiento), significa que alguien está destinado a adquirir la cualidad de heredero, delación (ofrecimiento), cuando es puesta a disposición del heredero. ANDREOLI (54), delación es la consecuencia de la vocación y ésta es el título para suceder.

2. TEORÍA NEGATIVA: LA VOCACIÓN ES UN TÉRMINO EQUIVALENTE A LA DELACIÓN

Representada por NICOLÓ (55), vocación en sentido subjetivo: título que legitima al destinatario para la adquisición, en sentido objetivo (delación): posición jurídica que media entre la muerte del causante y la aceptación. IOFRIDA (56), vocación es el aspecto subjetivo o llamamiento efectivo, dela-

(47) *Diritto de Successione*, citado por GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *op. cit.*, pág. 81.

(48) *Diritto Civile*, tomo 2.º, Milán, 1981, pág. 367.

(49) *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias por L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Madrid, 1967, pág. 375-376.

(50) *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la cuarta edición italiana por SERRANO SUÑER-SANTA CRUZ TELLEIRO, tomo II, vol. II, Madrid, 1978, pág. 324-325.

(51) *Successioni per causa di morte*, tomo I-1º, Milán, 1955, págs. 79 y ss.

(52) Tomo V, *op. cit.*, pág. 17.

(53) *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de SENTIS MELENDO, tomo VII, Buenos Aires, 1956, pág. 36 y 38.

(54) «La vocazione hereditaria», *Studi Sinessi*, 1949, pág. 189 y ss.

(55) *Op. cit.*, pág. 34 y ss.

(56) *Op. cit.*, pág. 123.

ción o aspecto objetivo, es el momento en que se pone a disposición del llamado. CICU (57): delación y vocación son términos equivalentes, pero añade, designación no es delación y la vocación no existe, la designación la efectúa el testador o la ley, la vocación, persona a la que va la herencia y delación, situación en que se encuentra la herencia. COVIELLO (58): equipara los términos vocación a delación.

3) TEORÍAS INTERMEDIAS

3-1) *Destaca la delación*: BARASSI (59): delación atribuye la condición de heredero, teniendo lugar en el momento de la apertura a la sucesión. ROTONDI (60): delación, puede ser inmediata, o de pleno derecho, lo que supone que el heredero es titular de las relaciones jurídicas patrimoniales, y de mediato, o aceptación ulterior expresa o tácita donde asume la cualidad de heredero.

3-2) *Destaca la vocación*: BRANCA (61): vocación o llamamiento de un sucesor, acto inmediato a la apertura en donde la ley o el testamento actúa como calificativo jurídico del designado por el testador. SANTORO PASSARELLI (62): Son distintos la vocación testamentaria de la legal, por cuanto atiende a distintas fuentes. La fuente de la vocación legal es la ley, la fuente de la vocación testamentaria es la autonomía privada.

En la doctrina española se ha planteado con rigor dogmático la distinción entre: vocación delación (teoría positiva), tal vez, lo que ha ocurrido, es que se ha prescindido de su aplicación, así LACRUZ (63), BELTRÁN DE HEREDIA (64), SAPENA TOMÁS (65), VALLET DE GOYTISOLO (66), DÍEZ PICAZO Y GULLÓN (67), CAPILLA (68), PUIG PEÑA (69), GARCÍA GARCÍA (70), han estimado que para la

(57) *Op. cit.*, pág. 91.

(58) *Successioni legittima e necesari*, Milán, 1938, pág. 95.

(59) *Instituciones de Derecho civil*, traducción y notas de GARCÍA DE HARO Y FALÉON, tomo I, Barcelona, 1955, pág. 374.

(60) *Instituciones de Derecho privado*, traducción F. Villavicencio, Madrid, 1953, pág. 604.

(61) *Instituciones de Derecho privado*, traducción de la sexta edición italiana de P. MACEDO, México, 1978, pág. 561.

(62) *Op. cit.* pág. 196.

(63) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 44-45. LACRUZ-ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 157.

(64) *Op. cit.*, págs. 1.119-1.120.

(65) *Op. cit.* págs. 113-116.

(66) *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, Madrid, 1984, pág. 295.

(67) Sistema IV, *op. cit.*, pág. 329.

(68) LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA, MONTES y otros, *Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1992, pág. 74-76.

(69) *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, vol. II, *Sucesiones*, Madrid, 1963, pág. 21.

(70) *La sucesión por Derecho de transmisión*. Madrid, 1996, pág. 152-156.

existencia de un heredero, no sólo es necesaria la muerte del causante, sino que exista un llamamiento (vocación), pero además, se le ha de ofertar (deferimiento), poner a disposición del llamado para aceptar o repudiar la herencia. Así lo tiene entendido la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de veintiuno de marzo de 1968: «*Que la sucesión «mortis causa» de los derechos se opera a través de la vocación o llamamiento a una eventual sucesión, la delación u ofrecimiento de la herencia, y la adquisición o perfección del derecho hereditario*». En efecto, explica BINDER (71), la vocación no supone la posibilidad de adquirir la herencia por medio de una previa manifestación de la voluntad, sino viene a significar un supuesto de hecho, el ser llamado, encerrando un contenido propio que expresa el fundamento jurídico «*ex ante*», representado por el título (72), que en su virtud y a través del cual el designado es llamado a la herencia; añadiendo ROCA SASTRE (73), en la vocación surte efectos jurídicos mediante una predisposición que el particular sujeto tiene como llamado por el testador o por ley, no entendida como algo existente en el sujeto (74), sino como una fase que da derecho a la herencia, por ser el llamamiento fundamento jurídico que legitima al designado para actuar una vez sea convocado (75), «*ex voluntate*», o bien, «*ex lege*» a la sucesión; con acierto afirma SAPENA TOMÁS (76), la vocación se hace al que resulta designado a suceder, es la indicación de la persona a la que va la herencia; con mayor precisión podríamos añadir con GARCÍA GARCÍA (77), la vocación da lugar a una situación jurídica interina (título), a favor de los sucesores, su resultado no determina una adquisición definitiva de los derechos sucesorios, sino el comienzo mediante el llamamiento que se concreta en la delación.

Vocación lleva implícita una aptitud especial, previa a la delación y ésta es su presupuesto (78), independiente en el tiempo, de tal modo que no hay delación si antes no ha habido vocación, pero no al contrario, pues la vocación es el llamamiento a un derecho o a una situación jurídica por una especial designación de ese derecho o situación que ejerce sobre el sujeto instituido (79).

(71) Derecho de Sucesiones, traducción y anotaciones de J. L. LACRUZ, Barcelona, 1953, pág. 25.

(72) CARIOTA FERRARA, L., *op. cit.*, pág. 79. TRIMARCHI, A., *op. cit.*, pág. 20. MESSINEO, F., *op. cit.*, págs. 36-38. SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 113.

(73) *Op. cit.*, pág. 139.

(74) MORENO, F., *op. cit.*, pág. 374.

(75) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, tomo V, cuarta edición, Barcelona, 1991, pág. 33. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *op. cit.*, pág. 1.127.

(76) *Op. cit.*, pág. 115.

(77) *Op. cit.*, págs. 153 y 155.

(78) LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Sucesiones*. Tomo V-1º, Barcelona, 1961, pág. 131-151.

(79) SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 113.

Tal vez por ello estimamos acertada la tesis sostenida por GARCÍA GARCÍA (80), en el sentido de que la vocación no es transmisible, es decir, no se transmite el llamamiento, pero sí la situación que de ella deriva, aclarando el autor, que no se transmite la vocación, ni la delación, sino lo que hay es una sucesión en los derechos derivados de la misma. En efecto, nosotros entendemos, que la vocación no es transmisible, porque ello supone la primera fase del proceso sucesorio una vez fallecido el testador, consistente en convocar al designado mediante título testamentario, o bien, título legalmente previsto, no así los derechos derivados de la misma, ya que la vocación o llamamiento de un sujeto a la herencia es personalísimo y para el eventual supuesto de premoriencia hay una segunda vocación, bien testamentaria (sustitución), bien intestada (en defecto de la anterior), así pues, no hay derechos derivados, porque el sustituto no hereda en representación, sino en defecto de que no quiera o no pueda, como tampoco el heredero intestado, que viene a ocupar una vacante no un derecho, en cambio, producida la vocación, pero no la delación, ésta si puede ser transmisible como tendremos ocasión de exponer más adelante.

Ahora bien, contemplando al heredero como sujeto particularmente habilitado por un título formal (testamento), en tanto no manifieste su voluntad de aceptar o repudiar la herencia a él deferida, puede enajenar la atribución hereditaria que dicho título contempla, pero existen determinadas situaciones jurídicas impuestas por la voluntad del causante que limitan la capacidad, por ello dividimos la vocación en testamentaria y legítima, y dentro de la primera, examinamos los supuestos que a mi parecer, pueden limitar la capacidad del heredero.

A) Vocación testamentaria

Puede ser definida como: «Aquella fase del proceso sucesorio que dimana de la voluntad unilateral del causante, por cuya virtud se le atribuye a los designados testamentarios el fundamento jurídico que les legitima para actuar en la sucesión». Concretando, añadimos: «La designación es atribución y ésta se concreta en la vocación estableciendo a favor del favorecido los efectos del llamamiento».

Así, en el primer inciso del artículo 668 del CC, cuando señala: «El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado»; de igual modo, el primer inciso del artículo 658 del CC, «La sucesión se defiende por voluntad del hombre manifestada en testamento», in fine del artículo 991 del CC... «y de su derecho a la herencia»; deducimos que fallecido el causante

(80) *Op cit.*, págs. 161-162. En sentido contrario, ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión *iure transmissionis*, ADC, 1952, pág. 946. BARBERO, D., *op. cit.*, pág. 38.

se llama a la herencia a los designados testamentarios, que como negocio jurídico complejo, puede comprender disposiciones y declaraciones de muy diversas índole.

En el Derecho de Roma la designación dependía del testador (*nomen heredes*), adquiriendo el sucesor el todo o parte, por el solo hecho de que el causante establecía la condición de heredero, en nuestro derecho se pierde el formalismo del Derecho romano, dando paso al elemento intencional o voluntarista del testador, en orden a la atribución al beneficiario del carácter de heredero o legatario, este carácter, viene determinado por el llamamiento (vocación), de los herederos a una particular situación jurídica, que no supone adquisición, sino una convocatoria para actuar conforme a la voluntad del testador.

Como regla general la vocación testamentaria es única, esto es, se llama a la herencia al designado por el causante, lo que la doctrina indistintamente suele denominar: «**vocación objetiva directa**» (81), «**vocación con delación inmediata**» (82), «**aspecto subjetivo de la delación**» (83), «**vocación objetiva**» (84) «**vocación efectiva**» (85), denominaciones todas ellas que quieren decir: Se convoca a la herencia a quién previamente ha sido designado por su predecesor. Excepcionalmente, y para cuando premuera el llamado, artículo 1.006 del Código Civil, estamos ante una: «**vocación automática**» (86), pues fallecido el convocado a un herencia, sin aceptar ni repudiar, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía; pero si está prevista la sustitución por el testador, artículo 774 del Código Civil, estamos ante una: «**vocación simultánea**» (87), pero puede ocurrir que exista en el llamamiento una repudiación expresa, artículo 1.088 del Código Civil, sin herederos ni sustitución, de donde la cuota acrecerá en los demás coherederos, artículo 981 y 982 del Código Civil, y sería un supuesto de: «**vocación sucesiva**», pues como afirma ROGEL VIDE (88), antes de la aceptación no se tiene todavía la titularidad del patrimonio hereditario y, por consiguiente, el llamado que repudia no abandona algo que ya había sido puesto a su disposición, por tanto no deja de ser llamado, no

(81) SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 117.

(82) ROCA SASTRE, R. M., «La designación, la vocación y la delación sucesorias», *op. cit.*, pág. 142.

(83) CICHU, A., *op. cit.*, pág. 172.

(84) NICOLÓ, R., *op. cit.*, pág. 14.

(85) LACRUZ-ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 161. GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, pág. 154.

(86) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, pág. 163, aunque también la denomina: «situación jurídica de la vocación».

(87) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, pág. 154. Denominada por este autor: vocación eventual. ROCA SASTRE, R. M., *op. cit.*, pág. 142. Lo entiende como: vocación con delación deferida.

(88) «Renuncia y repudiación de la herencia», *RGLJ*, 1989, pág. 251. Resolución de 25-11-1942 de la DGRN.

la extingue, sino realiza una facultad o poder que va a recaer sobre otros herederos (89). Extraordinariamente, son los supuestos de: «**vocación continua**», que se producen en las sustituciones fideicomisario y los fideicomisos de residuo, porque en ambos se llama en primer lugar a un heredero (fiduciario), fallecido éste, se llama a un segundo heredero (fideicomisario).

La designación ha de ser libre y voluntaria, y para que ésta tenga plena validez y efectividad, el instituido debe tener capacidad para suceder (testamentificación pasiva) (90), siendo la regla general, que los instituidos no estén incapacitados, artículo 744 del Código Civil, es pues, en principio, heredero o legatario, cualquier sujeto de derecho, tanto físico como jurídico, artículo 38 del Código Civil, que exista el heredero y que haya fallecido el causante, artículo 33, 190 y 758 del mismo Cuerpo legal, estableciendo el artículo 750, la certeza del designado, pudiendo ser ésta nominal, es decir, que figure el nombre y apellidos, artículo 722 del Código Civil, lo que no impide que se pueda realizar la omisión por el testador del nombre y apellidos, siempre que no haya duda sobre la persona designada, párrafo 2.º, del artículo 772 del Código, del mismo modo, y ante el error en el nombre no vicia la institución, siempre que se pueda constatar la certeza del instituido, artículo 773 del Código Civil.

B) VOCACIÓN LEGÍTIMA

En defecto de la designación testamentaria, es la voluntad de la Ley la que nombra herederos, así el artículo 658 del Código: «*La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de ésta, por designación de la Ley*». Comentando el precepto transcrito el profesor ALBALADEJO (91), ha señalado, en efecto, más que referirse a la situación objetiva de herencia, es a persona o personas a las que es dada la posibilidad de ser llamada, es decir, se contempla la vocación o llamamiento a la herencia.

En efecto, es pues en la vocación legal donde el designado por ley es instituido heredero, obvia decir, que por la voluntad de la ley, no cabe herederos condicionados, ni sustituciones, tampoco legados, pero el supuesto normal en este tipo de vocaciones, es la premoriencia del llamado, así el artículo 924 del Código, dispone: «*Llámanse derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*». Como dice el profesor LACRUZ (92), en virtud del cual cuando una persona no llega a heredar por haber fallecido antes

(89) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 18. En sentido contrario, GALVÁN GALLEGÓ, A., «El destino de la herencia repudiada», *RDP*, 1995, pág. 900.

(90) OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 183.

(91) *Anotaciones al Derecho de Sucesiones* de A. CICU, *op. cit.*, pág. 93.

(92) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 59.

que el causante, la ley permite en la sucesión intestada que los ascendiente ocupen su lugar y grado, exceptuando el supuesto de repudiación, artículo 923, la representación se da a favor de los descendientes del heredero fallecido, artículo 925 y 927 del Código, siendo su efecto la división por stirpe.

La representación es propia de la sucesión deferida por ley (93), no obstante, y tras la reforma por Ley de trece de mayo de 1981, donde modificó sustancialmente el régimen de preterición (94), dando una nueva redacción al párrafo tercero, del artículo 814: «*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendente y no se considerarán preteridos*»; norma ésta, que viene a admitir el derecho de representación en la sucesión testada, pero sólo referida al supuesto de premoriencia y no para la desheredación e indignidad, artículo 766 en relación con los artículos 761 y 867 (95), luego su finalidad es evitar las consecuencias de la preterición de la stirpe del legitimario que falla (96), evitando de este modo la posible anulación total o parcial del testamento introduciendo en nuestro Código el derecho de representación en la porción hereditaria, es decir, la porción vacante en su integridad que pasa a los descendientes del llamado premuerto (97).

A mi parecer, la representación en la sucesión legítima tiene naturaleza «*ex lege*», pero evidentemente hay algo de «*conversión*», si por tal entendemos como el cambio que se produce ante el llamado que no sucede pasando su cuota a su heredero; pero obviamente, hay algo también de «*subrogación*», si por tal apreciamos ingreso o elección de un sujeto en la misma condición de su anterior; pero en ambos casos no sería posible si no está prevista por ley, artículo 924 del Código Civil: «*Llámanse derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*».

IV. LA DELACION

El problema de la delación estriba a mi entender, si ha de considerarse como un acto o un derecho, dentro del proceso sucesorio, o si por el contrario, se trata de una adquisición o bien está relacionada con la aceptación.

Como primera aproximación de este embate se puede señalar que todos están relacionados, pero se hace necesario averiguar el porqué.

(93) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 62.

(94) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Preterición y derecho de representación, en el artículo 814,3 del Código Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Extremadura, 1991, pág. 26.

(95) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C., *op. cit.*, pág. 75.

(96) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C., *op. cit.*, pág. 75-76.

(97) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C. *op. cit.*, pág. 98-99.

Así sabemos que hasta el siglo I, d.C., los herederos romanos eran de dos clases (98): voluntarios y necesarios; los primeros, una vez designados por el testador eran convocados, para después ofrecerle la herencia, procediendo a la adición o repudiación en su caso (99), los segundos, a la muerte del causante los herederos adquieren la herencia (100), sólo después ante el Pretor se les podía conceder el beneficio de abstención (101). Por tanto, existen dos modalidades: «*ofrecimiento (delación)-aceptación (acto)*»; «*adquisición (delación)*», la diferencia es obvia, en la delación sólo le es ofrecida la herencia teniendo después que optar entre adir o repudiar (102), en la adquisición, como su nombre indica, se adquiere la posesión y se confunden lo heredado con lo propio, teniendo la posibilidad de pedir la separación de patrimonios ante el Magistrado o bien obtener el beneficio de abstención (103). En el heredero necesario no cabe la separación «delación adquisición», pues una y otra tienen lugar simultáneamente apenas muera el causante, en cambio, el heredero voluntario, existe dicha separación, pues una vez deferida, el instituido puede ejercer sus derechos de aceptar o repudiar.

A finales de la República surge el «*spatium deliberandi*», consistente en que los acreedores o legatarios, conceden un plazo a los herederos de cien días para aceptar, en caso contrario se entiende repudiada la herencia; o bien, un *interrogatio in iure* de «*an heres su*» de donde si el heredero no acepta, el Pretor ofrece la herencia a otras personas, o en ejecución concursa (104). A partir de la época del emperador Adriano (105), se generaliza el beneficio de inventario, continuado por el emperador Gordiano, y perfeccionado en la época del emperador Justiniano (106), por su virtud el heredero que lo formulase a partir de la delación y a su favor no quedaba sujeto a la responsabilidad «*intra vires*», siendo por tanto incompatible con la «*spatium deliberandi*», pues quien solicitaba uno, no podía solicitar el otro expediente.

En el medievo francés, el Derecho tuvo un desarrollo desigual, pues en la parte meridional (107), se produce una recepción del Derecho romano, y en la parte septentrional, se desarrollará el Derecho de costumbre (108).

(98) GAYO, II-152.

(99) GAYO, II-162.

(100) GAYO, II-157; D: 38,16,14.

(101) GAYO, II-158, D: 29,2,11.

(102) ROCA SASTRE, R. M. «Crítica institucional del Código Civil», *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, 1981, pág. 42-59.

(103) GAYO II-158; D: 29,5,57.

(104) D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991, pág. 299.

(105) GAYO II-163.

(106) Cod. 6,30,22.

(107) KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, traducción de SANTA CRUZ TEJERO, Madrid, 1955, pág. 102.

(108) KOSCHAKER, P., *op. cit.*, pág. 218. Para este romanista en la Francia medieval se divide en dos: *droit écrit*, y *droit coutumaire*, en el siglo XII-XIII, surgen los logista,

Centrándonos en el conocido adagio: *Le mort saisit le vif* (109): «El heredero adquiere automáticamente, no solo la posesión, sino la propiedad, siendo responsable de las deudas hereditarias, tanto con los bienes heredados, como los suyos propios» (110). Sistema denominado franco-germano, pues fue incorporado al artículo 724 del Codex (111), y a los artículos 857, 1.942 1.944 del BGB alemán, éste último, con la particularidad» (112), de que el heredero adquiere provisionalmente (113): sistema de delación automática, esto es, el heredero se convierte en tal por la sola muerte del causante, pero el derecho sustantivo le otorga la doble posibilidad de aceptar o repudiar la herencia, en aquélla, se convierte en heredero efectivo, en ésta, deja de serlo.

La diferencia nos la explica POLACCO (114), en el sistema francés la aceptación no cumple una función necesaria, en el sistema germano, es un acto que ratifica el heredero en su condición o la dimisión de tal carácter.

Frente a éste, está el sistema romano-latino, artículos 2.011, 2.021, 2.027 del Código Civil portugués; 457-459 del Código Civil italiano; 440, 661, 657, 988 y 989 del Código Civil español (115).

doctos en Derecho romano que se encargaron de difundir el derecho escrito por la región, pero en el siglo XIV, en París, se forma un estamento de juristas prácticos, de igual modo formados en Derecho romano, pero aplicaban el Derecho nacional, no es que opusieran a la recepción, sino a sus consecuencias: «Poder espiritual y cultura»; por ello hacen imposible su aplicación, conservando el Derecho nacional que posteriormente se constituirá en jurisprudencia que a su vez se aplicará en la elaboración de la *droit français commun*.

(109) *Le mort saisit le vif, son plus proehain heritier habile á luy succeder*. Coutume de Lorris-Orleans, cap. XII, art. 6.º.

(110) DE BUÉN, D., *Anotaciones al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin-Capitant*, tomo VII, tercera edición, Madrid, 1988, pág. 131. GARCÍA VALDECASA, G., «La adquisición de la herencia en Derecho Español», *RDP*, (28), 1944, pág. 100. CICU, A., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 335. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. V, «Sucesiones», quinta edición, Madrid, 1978, pág. 44. POLACCO, V., *De las sucesiones*, traducción de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, s.f., tomo II, págs. 27 y ss.

(111) *Les heritiers legitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du defunt, sous l'obligation d'aquitter toutes les charges de la succession*.

(112) Sobre el conocido adagio germano: *Der todte erbt den lebendigen*.

(113) ENNECCERUS-WOLF-KIPP, *Tratado de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, tomo V-1.º, op. cit., pág. 23.

(114) Op. cit., pág. 29 y ss.

(115) En nuestra patria surgió la polémica en torno a si el sistema seguido por el Código Civil es romanista, siendo sus partidarios: DE BUÉN, D., op. cit., pág. 211. TRAVIESAS, M., «Sobre el derecho hereditario», *RDP*, 1926, pág. 8. ROCA SASTRE, R. M., «La adquisición y la repudiación de herencia en el Derecho común y en el Derecho foral», *Estudios de Derecho Privado*, op. cit., pág. 14. ANOTACIONES AL DERECHO DE SUCESIONES DE T. KIPP, op. cit., pág. 26. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesiones mortis causa*. Sevilla, 1954, pág. 41. LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones*; J. BINDER, op. cit., pág. 26. LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 41. RIARA AISA, «Adquisición hereditaria», *NEJ*, tomo II, pág. 418. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La adquisición de la herencia en el Derecho Español», *ADC*, tomo VIII, 1955, pág. 3. MARTÍN BLANCO, G., «La adquisición de lo herencia en el Código Civil español», *RGLJ*, tomo 33, 1956, pág. 45. VALLET DE GOYTT-

De los cuales destacamos los artículos 657-661 del Código Civil patrio, dispone el primero: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de la muerte*»; del segundo, cuando dice: «*Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*»; de éste, nos dice la vinculación de la adquisición con la apertura, de aquél, como comenta el profesor Albaladejo» (116), «la transmisión no existe porque los derechos no pasan del causante al llamado si éste no ha aceptado». Preceptos por otro lado, que han sido la base de la polémica en nuestro Derecho sucesorio, entre los partidarios si nuestro sistema es de corte germanista o romanista» (117), en tal sentido, y con acierto dice el profesor LACRUZ (118), «la solución es si en nuestro derecho sustantivo la aceptación es exigible para adquirir la herencia», así la sentencia de diecinueve de octubre de 1963, señaló: «*El momento en que la sucesión se transmite con referencia al heredero, transmisión que no puede tener inmediata efectividad, por requerir la aceptación de la herencia*»; con mayor rigor la sentencia de diez

SOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, pág. 429. La tesis germanista está representada por GARCÍA VALDECASAS, G., *op. cit.*, pág. 104. COSACK, C., «El Derecho hereditario, según los principios del Código Civil alemán, comparados con los del Derecho español», traducción de W. ROCES, RDP, 1923, pág. 123. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La Administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 32. La tesis mixta, es defendida por SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, cuarta edición, tomo V, Valladolid, 1920, pág. 497. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 1, octava edición revisada por J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1978, pág. 135.

(116) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. 1.º-A, Madrid, 1990, pág. 2.

(117) En materia de adquisición hereditaria existen dos sistema, el denominado germano y el históricamente conocido por romano, el primero, conocido así por su opuesto al romano, además, de predominar el linaje de la primitiva legislación alemana. En este sistema, una vez fallecido el causante, el heredero adquiere automáticamente (*ipso iure*), sin necesidad de acto alguno que lo legitime, la delación es automática, pues se efectúa a favor de quien es legitimario, pudiendo posteriormente aceptar la herencia y con ello confirmación su condición, o repudiarla, en cuyo caso se entiende que nunca ha sido heredero, es decir, se es heredero desde la muerte del causante a reserva de repudiar o aceptar la herencia.

El sistema romano, por el contrario, la delación no otorga la titularidad al heredero, sino que, deberá efectuar una aceptación de la herencia, aquí el derecho sustantivo otorga una doble posibilidad, aceptar beneficiaria o pura y simple. La delación se entiende aquí como una oferta, o llamamiento a ser heredero, en la aceptación es la constatación de la condición.

En la delación es donde puede el heredero manifestar su voluntad de aceptar o repudiar, que al ser tratado ambos actos en un mismo plano dio origen a la herencia yacente, referido al período comprendido entre ofrecer y aceptar, cuestión que no se da en el sistema germano, pues aquí, la herencia queda en una situación de profesionalidad, mientras que en el sistema romano, queda la herencia en situación yacente y el heredero ostentando una cualidad.

(118) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 46.

de octubre de 1981: «*Nuestro ordenamiento seguidor del sistema romano, la herencia no se adquiere por el solo hecho de la delación, sino que ha de ser contemplada por la aceptación*».

En efecto, la exégesis de ambos preceptos nos llevaría ante dos artículos innecesarios por reiterativos, pero ante una interpretación aislada de cada uno, destacamos del artículo 661, el aspecto subjetivo: *los herederos suceden*; y del artículo 657, el aspecto objetivo: *los derechos de sucesión*; ahora bien, si el artículo 657, transmite los derechos del causante, no tiene sentido el artículo 661, pues el heredero sucede en los derechos y obligaciones, si el artículo 661, admite la totalidad hereditaria, se contrapone al artículo 657, que dispone la sucesión en los derechos. Por ello creemos que la solución a éste embate nos la proporciona el profesor LACRUZ (119), pues en su opinión el artículo 657, relacionado con el artículo 440, señala el momento de la muerte del causante como determinante de la transmisión hereditaria; del artículo 661, viene a determinar el momento de la muerte del causante como efecto de la vocación, así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de veinte de mayo de 1982: «*El artículo 661 no es suficiente para dar la cualidad de responsable frente a los acreedores del causante si no se completa con lo dispuesto en el artículo 989 para la aceptación*».

Los artículos 657-661 del Código son preceptos que proclaman disposiciones generales y abstractas (120), que operan dentro de un sistema, el artículo 657 fija la muerte del causante, y el 661, fija la muerte del titular como hecho de la sucesión, puesto en relación con el artículo 988, donde califica la aceptación y repudiación de la herencia como actos enteramente libres y voluntarios, y éste con el artículo 989, donde retrotrae los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia al momento de la muerte del causante, resulta con todo ello que la adquisición hereditaria no se produce hasta que haya tenido lugar la aceptación, luego por la delación no se adquiere, sino que le es ofrecido, un efectivo, actual y concreto derecho, con posibilidad inmediata de aceptar y consiguientemente repudiar (121). Como ha señalado MESSINEO (122), la delación es cuando efectivamente atribuya la herencia, esto es, puesta a disposición de manera que pueda subentrar en el lugar del difunto, sus efectos solo tiene lugar en un momento posterior, es decir, cuan-

(119) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 46-47.

(120) ROCA SASTRE, R., M., «*La Adquisición y repudiación de la herencia*», *op. cit.*, pág. 12. MARTÍN BLANCO, G., *op. cit.*, pág. 56.

(121) ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, pág. 47. O'CALLAGAN MUÑOZ, X., *Derecho de sucesiones*, tomo V, *op. cit.*, pág. 40. TRIMARCHI, A., *Instituciones de Derecho privado*, *op. cit.*, pág. 375.

(122) *Op. cit.*, pág. 38. ANDREOLI, M., «*La vocazione ereditaria*»: *Studi Sinessi*, Siena, 1940, pág. 14. ROCA SASTRE, R., «*La designación, la vocación y la delación sucesorias*», *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, 1981, pág. 139.

do con la aceptación se haya efectuado la declaración expresa o tácita de que se quiere asumir la condición de heredero; como acertadamente señala el profesor LACRUZ (123), la delación supone un paso más en la posibilidad inmediata de aceptar la herencia.

La delación es una oferta (124), consistente en poner la herencia a disposición del llamado, es entrar por efecto de la *defere* en la esfera patrimonial del causante, es pues un momento autónomo (125), de contenido y características propias; como dice PUIG PEÑA (126), la delación es una situación jurídica perfectamente delimitada en la sucesión, pues efectuado el llamamiento voluntario o legal entra en el proceso la delación como atribución efectiva y actual de la cualidad de heredero; la delación es un efecto de la vocación, diría Barbero (127), pues no hay delación sin vocación ya que se es llamado por expresa voluntad del causante o en su defecto por ley, para atribuirle la herencia mediante el ofreciendo. La delación, que a mi parecer, consiste en un derecho que se agota en sí mismo, como determinante de una situación en la que el sujeto por su voluntad incide en una esfera jurídica en sentido positivo (aceptar) o negativo (repudiar). Por ello discrepamos de la consideración de que la delación es un acto (128), entendido éste como efectivo y concreto llamamiento de determinada persona a recoger la herencia causada, de entenderlo así, decimos nosotros, habría que saber de antemano de que acto hablamos, —afirmativo, declarativo, personalísimo, extraordinario, etc.—, lo que supondría pues un comportamiento o conducta exterior y con relevancia en el Derecho y confirmado por el sujeto mediante su voluntad, además, predeterminado por ley. La delación, tiene su efecto en la voluntad del sujeto llamado, pues puede optar en repudiar o aceptar y una vez efectuado entra el efecto previsto en la Ley. Tampoco estimamos la delación como poder (129), pues en tal sentido supondría una facultad, que como escribiera RUGGIERO (130), «*facultas adquirendi*», expresado como derecho de adquirir, esto es, un poder especial y autónomo para tutelar un interés supe-

(123) LACRUZ-ALBADALEJO, *Op. cit.*, pág. 131.

(124) CICU, A., *op. cit.*, pág. 91. PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 17.

(125) MORENO F., *op. cit.*, pág. 196. TRIMARCCHI, P., *op. cit.*, pág. 376. PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 22.

(126) *Op. cit.*, pág. 3 y ss.

(127) *Sistema de Derecho privado*, tomo V, «Sucesiones», *op. cit.*, pág. 18.

(128) MORENO F., *op. cit.*, pág. 375. SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, pág. 39.

(129) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 912. ROCA SASTRE, R., M., *op. cit.*, pág. 5. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil español*, tomo I, Madrid, 1952, pág. 603: «El poder de aceptar o de renunciar, de abandonar o de confirmar, son reflejos de la capacidad de obrar». PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 7 (nota pie pág. 9): «Lo típico de la delación, en su sentido propio y normal, es la concesión de un poder actual y concreto de hacer propia la herencia a la que se es llamado».

(130) *Op. cit.*, pág. 325-326.

rior. Por nuestra parte estimamos que la delación es un derecho encuadrable dentro de los denominados potestativos (131), no entendido como un poder, sino como una potestad sustantiva en la que el heredero que se le oferta una herencia ha de optar libre y voluntariamente entre aceptar o repudiar, artículo 988, y en función de tal ejercicio despliega efectos distintos, a saber, si acepta, será investido en la posesión, artículo 440 del Código, además, puede ser la mencionada aceptación pura y simple o a beneficio de inventario, artículo 998 del Código Civil, o simplemente le sobrevenga la muerte y transmita la oferta, artículo 1.006 del Código, por tanto, la delación no es un acto, sino un derecho potestativos, determinante de una situación que por la voluntad del convocado produce efectos jurídicos positivos (aceptar), o negativos (repudiar), la delación por sí no es aceptar ni su adverso repudiar, ni su consecuencia adquirir, es simplemente ofrecer al llamado los derechos que por su condición le corresponde, esto es, la opción de aceptar lo que le ha sido designado, o repudiar lo que le ha sido ofrecido.

A) TRANSMISIÓN DE LA DELACIÓN

La teoría de la transmisión del *ius delationis*, también denominada: «derecho de transmisión» (132): «*sucesión iure transmissionis*» (133): «*sucesión en el ius delationis*» (134). Instituto éste que tuvo su origen en el Derecho romano justiniano: premuerto el llamado y antes de la *aditio* determinaba la sustitución en la delación del llamado (135).

(131) MESSINA, Nuevo digesto italiano, tomo V, Turín, 1968, pág. 737. VON THUR, A., *Derecho civil*, tomo I, traducción de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1946, pág. 161. SANTORO PASARELLI, F., *Appunti sulle successioni legittima*, Roma, 1930, pág. 18. NICOLÓ, R., *op. cit.*, pág. 79. ANDRIOLI, M., *op. cit.*, pág. 235. ROYO MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pág. 267-268. HERNÁNDEZ GIL, A., *Lecciones de Derecho civil*, Madrid, 1978, pág. 105.

(132) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 56. ROCA SASTRE, R., M., *op. cit.*, pág. 249. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 199. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pág. 182.

(133) ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión iure transmissionis», *ADC*, 1952, pág. 912.

(134) JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ius delationis, una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*. Madrid, 1990, págs. 94 y ss. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión del ius delationes», *Homenaje a JBVG*, vol. IV, Consejo General del Notariado, Madrid, s.f., pág. 465 y ss.

(135) GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, primera edición, Madrid, 1996, págs. 38 y 114. Atendiendo al carácter personal de la delación, afirma nuestro autor, que en la roma antigua no existió el derecho de transmisión, posiblemente, añade, porque en dicho período no existió una concepción patrimonial de herencia. Fue en la República, donde surgió la concepción familiar y personal de la herencia, por lo que no existe inconveniente en aceptar la transmisión de la delación. No obstante, fue a través del mecanismo de las *excepciones*, como se logrará implantar en el Derecho de romano la transmisión, es decir, se pasará de la regla general de no transmisión, a otras

La teoría en sí se fundamenta en tres supuestos, a saber, 1.º): apertura de la sucesión, o sea, muerte del causante. 2.º): una delación efectiva a favor del llamado y 3.º): premuera el llamado sin aceptar ni repudiar. Cumplido pues los requisitos antes mencionados, se transmite el *ius delationis*.

No obstante, podemos definirlo siguiendo al profesor ALBALADEJO (136): **«Si aquél a cuyo favor se ha deferido una herencia muere antes de adquirirla sus sucesores pueden adquirir el derecho a tal adquisición»**. Podemos concretar, siguiendo a JORDANO FRAGA (137): **«El transmisario adquiere la herencia del transmitente (segundo causante), sucediéndole en el mismo *ius delationis* que el tenía, que de aceptar el transmisario, se convierte en heredero del transmitente»**; aclaramos por nuestra parte, que el transmisario no sucede en el llamamiento, pues éste es único y le es efectuado al transmitente, fallecido éste, se transmite el mismo derecho que él tenía a su heredero y en la delación, por eso el transmisario sucede del transmitente y no del causante.

1.º) Así el primer requisito: *«muerte del causante»*, que a mi parecer, no forma parte del proceso sucesorio, sino es el hecho que motiva la sucesión, pues el fallecimiento del testador determina la vacancia de un patrimonio y ante esta eventualidad el designado viene a ser llamado para ocupar la vacante producida por la muerte de su predecesor, en este sentido, supone un presupuesto esencial, lógico y preliminar que mueve a la sucesión, que como dice el profesor LACRUZ (138), el momento de la muer-

reglas que se van sucediendo en aras de sus admisión. Así la primera sería, *ex capite suitatis*, aquella en que los hijos bajo la potestad del padre de familia que sin aceptar ni repudiar transmiten a sus herederos la herencia a ellos deferida; posteriormente, se añaden los remedios pretorios, tales como: *restitutio in integrum o la bonorum possessio*; otra modalidad incorporada por motivos de humanidad, fue la *transmissio ex capite in integrum restitutionem* en supuesto de transmisión cuando el que tiene que heredar no puede por estar ausente de la República; existieron otros supuestos en la época clásica, que han sido discutidos por la doctrina romanista por la dificultad de los textos; con todo llegamos a la época justinianea, que introduce un nuevo supuesto, más amplio y general, que los anteriores, y es conocido: *ex iure deliberandi*, que quedó superpuesta a las anteriores, que es el supuesto previsto en el artículo 1.006 del Código Civil, antecedente del artículo 836 del Proyecto de 1.852, y éste a su vez, del Código francés de 1.804 y del italiano de 1.865. Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., anotaciones al Derecho de Sucesiones de A. CICU, *op. cit.*, pág. 269. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 21 y ss.

(136) *Op. cit.*, pág. 913. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 56. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pág. 182. ROCA SASTRE, R.M., *op. cit.*, pág. 294. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 199. ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, pág. 44. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, pág. 330. ROYO MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pág. 60. VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, pág. 393. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 88. MONTSERRAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», *RCDI* (622), 1994, pág. 1037 y ss.

(137) *Op. cit.*, pág. 94.

(138) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 44.

te del causante tiene importancia, pues de él depende la determinación de la persona que ha sido llamada a la herencia. Generalmente la doctrina hace coincidir el término: apertura de la sucesión, esto es, muerte del testador, con la transmisión de los derechos, pero como advierte PUIG BRUTAU (139), no siempre coincide la apertura con el llamamiento, ya que es una cuestión que puede percibirse con claridad si se entiende que el hecho determinante de aquélla es el fenómeno natural del fallecimiento del causante, mientras que el llamamiento es un efecto jurídico relativo a persona determinada. En efecto, el designado puede serlo de distintos modos e inclusive quedar pendiente de un evento futuro e incierto, por ello entendemos que la muerte de una persona sólo determina la extinción de su personalidad y de los derechos personalísimos, y nacen otros derechos en cabeza de su sucesor (140), lo que se transmite no son los derechos a la sucesión, artículo 657 del Código, sino los derechos que integran la sucesión, como describe el profesor SANCHO REBULLIDA (141), la apertura de la sucesión, significa simplemente, que las relaciones jurídicas del causante se han convertido en herencia.

2.º) El segundo presupuesto, está íntimamente ligado a la adquisición de la herencia y por tanto al momento en que se produce. Así existen dos sistemas de adquisición: *Ipsa iure*, y por *Addictio* (142), en palabras del profesor LACRUZ (143), dos modos de regular la coincidencia o separación de la adquisición y delación, pues el primero (sistema germano), el heredero adquiere automáticamente (144), la aceptación en este sistema supone un acto de confirmación de la aceptación; en el segundo (sistema romano), la adquisición es por medio de aceptación, de donde dicha manifestación es necesaria; en opinión de JORDANO FRAGA (145), la cuestión del *ius transmissionis* es de igual planteamiento en ambos sistemas, tesis que no compartimos pues como afirma GARCÍA GARCÍA (146), relacionando los artículos 661-659 del Código, tenemos que los herederos suceden en todos los derechos y obligaciones; por otro lado, si relacionamos los artículos 657-440 del Código, apreciamos que la sucesión es en los derechos y para cuando llegue adirse la herencia, si el artículo 989, regula el efecto retroactivo, nuestro sistema es romano y la transmisión de los derechos del premuerto, es en la delación, en cambio, en el sistema germano, la adquisición es

(139) *Op. cit.*, pág. 91.

(140) BINDER, J., *op. cit.*, pág. 11.

(141) *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, pág. 1657.

(142) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 946.

(143) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 45.

(144) BINDER J., *op. cit.*, pág. 172.

(145) *Op. cit.*, pág. 55.

(146) *Op. cit.*, pág. 188-191.

automática y desde el fallecimiento del causante a modo de provisionalidad, pues si fallece el heredero sin aceptar o repudiar se abre de nuevo el proceso, es decir, es llamado de nuevo el sucesor del premuerto. Por nuestra parte matizamos, que una vez designado el heredero y llamado a la herencia (vocación), ulteriormente se le ofrece (delación), para que acepte, que será «expresa», es decir, pura y simple o a beneficio de inventario, o «tácita», que será, cuando vende, dona o cede la herencia, artículo 1.000, apartado primero del Código, sería después de la convocatoria y antes del deferimiento, cuando heredero premuera sin efectuar aceptación o repudiación, y así el Código en su artículo 1.006, dispone: «*Por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*», y en aras de evitar, decimos nosotros, la «*res nullius hereditatis*», se arbitra *ex lege* la transmisión del mismo derecho que el fallecido tenía en vida y que no ejercitó por la eventualidad apuntada.

La transmisión del derecho aludida no opera si el testador había previsto la sustitución, tampoco ante la carencia de legitimarios del premuerto, pues en este supuesto se abre una sucesión intestada a favor de quien demuestre tener derecho, asimismo, no tendría cabida el *ius delationis* ante la dejación del heredero llamado (transmitente), ni ante la caducidad de plazo, por tanto, la transmisión del derecho a la delación, tiene vigencia ante el infortunio fallecimiento del heredero convocado a la delación para aceptar o repudiar, que ante la súbita muerte de éste, se transmite *ex lege* el derecho que él tenía a sus herederos legítimos.

Por tanto hablamos de la transmisión de un derecho, esto es, de aceptar o repudiar *mortis causa* y no de disponibilidad *inter vivos* (147), sin embargo, lo que es discutible en la doctrina es la naturaleza del derecho que se transmite, así para PAROZZI (148), se trata de una '*facultas adquirendi*'; para BARASSI (149), consiste en una «*expectativa de derecho*»; para BARBERO (150), se trata de hacer efectivo el derecho deferido»; para CICU (151), se trata de una «*situación jurídica*»; para De CASTRO (152), es un «*poder*»; para HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (153), una «*facultad jurídica*»; para ALBALADEJO (154),

(147) JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 120. ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 944. Anotación al Derecho de Sucesiones de CICU, A., *op. cit.*, pág. 276.

(148) *Institutioni de Dirini romano*, Roma, 1928, tomo II, pág. 481. Citado de ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 921.

(149) *La successione per causa de morte*, tercera edición, Milán, 1947, pág. 78. Citado por ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 921.

(150) *Sistema de Derecho privado*, tomo V, *op. cit.*, pág. 18-19.

(151) *Op. cit.*, pág. 268.

(152) *Derecho Civil de España*, 1954 (1), pág. 605.

(153) «Transmisión del *ius delationis*». *Libro homenaje a J. Vallet de Goytisolo*, tomo IV, Madrid, 1988, pág. 489.

(154) *Op. cit.*, pág. 922.

un «*derecho subjetivo*»; para JORDANO FRAGA (155), un «*poder jurídico*»; para ROGEL VIDE (156), un «*derecho potestativo*».

A mi parecer, la naturaleza jurídica de la transmisión de la delación, es un derecho dual, pues por el transmitente es un derecho *ex lege*, pero desde el lado del transmisario, un derecho potestativo, es por disposición legal, por cuanto el artículo 1.006 del Código no prevé la disposición del transmitente, sino un efecto particular establecido por ley como consecuencia de la transmisión del transmitente fallecido al transmisario heredero, que como afirma el profesor LACRUZ (157), la transmisión del «*ius delationis*» a los herederos del llamado se verifica «*ope legis*» y no por voluntad del llamado, el traspaso es automático y ajeno a su voluntad, pues ente su fallecimiento los herederos reciben el mismo derecho que él tenía y en igual proporción, pues la voluntad del llamado no puede cambiar, en este sentido se manifestó la Resolución DGRN de veintiocho de enero de 1967: «*Los herederos del primer llamado entran en posesión de la herencia del primer causante a través del derecho recibido del transmitente y en la misma proporción en que éste fue instituido*». Es un «*derecho potestativo*», puramente sustantivo, entendido como conducta de su titular en cuanto está destinada a producir un efecto en la esfera jurídica ajena, contenido de un derecho que se agota en una potestad del sujeto en la que puede modificar en su propio interés una relación jurídica preexistente.

3.º) En cuanto al tercer requisito, casi se puede deducir de cuanto hemos dicho, pues sin él no cabe hablar del *ius delationis*, no obstante, así lo dispone el artículo 1.006: la muerte del heredero, es decir, el fallecimiento del designado, sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos, esto es, a los legitimarios del premuerto, el mismo derecho que él tenía, precepto por otro lado, que tiene su precedente en el artículo 836 del proyecto de Código de 1851, el cual decía: «*Por la muerte del heredero, sin aceptar o repudiar, se transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia*»; artículo por otro lado, modificado en el anteproyecto de Código de 1882-88, que pasó a ser el artículo 1.018, recogiendo este último, parte del artículo 836 del proyecto isabelino, y parte del artículo 939 del Código italiano de 1865, resultando el artículo 1.006 vigente.

(155) *Op. cit.*, pág. 137.

(156) «Renuncia y repudiación de la herencia», *op. cit.*, pág. 325. GARCÍA GARCÍA, J., *M., op. cit.*, pág. 260.

(157) LACRUZ-SANCHO, *Op. cit.*, pág. 55.

V. CONCLUSION

De la evolución histórica de la herencia (158), se ha llegado a dos formas de entenderlas, dos indicadores distintos que atiende más a motivos históricos, que a razones legislativas.

De este modo tenemos una acepción subjetiva: *La herencia deriva del fenómeno de la subrogación del heredero en la totalidad orgánica de bienes, derechos y obligaciones del causante*, y otra, acepción objetiva: *La herencia es una relación patrimonial, estimada como un todo inherente poseído en vida por un sujeto, pero que al fallecer transmite al heredero desde el momento de su muerte*.

Las acepciones de que hablamos tienen su origen en el Derecho romano, en que todo el sistema de las sucesiones por causa de muerte estaba basado, como hemos tenido ocasión de exponer en páginas precedentes, en la ficción de que el heredero continuaba la persona del difunto, al sucederle en la universalidad de los derechos patrimoniales que a él se deferían.

La herencia en la actualidad tiene un contenido económico, es decir, patrimonial; el heredero no ya el que sucede por ley o por la voluntad del testador, sino que sucede en la totalidad o cuota parte del difunto.

Pero en nuestro Código Civil no sigue el sistema germano que da prevalencia a la *adquisitio universitatem*, sino un sistema objetivo de tipo romanístico que, sin embargo, no coincide exactamente con la sucesión romana, pues en nuestro Código Civil existe la doble acepción de la que hemos hablado más arriba, heredera, valga la redundancia, de la fórmula clásica romana: *successio in locum et in ius* (el heredero sucede en algo más que no es sólo el patrimonio, concebido como una unidad orgánica, sino que sucede en el activo y pasivo); subsiguiendo a la sucesión que confiere el título de heredero, la adquisición mediata de la bona en bloque: *successio in universum ius defuncti* (el heredero queda en la misma posición jurídica de su predecesor, pero no hay transmisión de una universidad), así el artículo 660-661, reconoce implícitamente la concepción subjetiva de herencia, los artículos 658-659, acoge el sentido objetivo.

Es importante determinar en cual de ellas nos encontramos, pues en la herencia entendida subjetivamente, el heredero viene a ocupar el lugar del difunto, concepción ésta desfasada y carente de sentido en la actualidad, en cambio, la consideración objetiva, la herencia responde a la idea de masa o conjunto de bienes que, por tradición histórica es una universalidad compuesta de objetos heterogéneos en razón de su pertenencia.

Desde mi punto de vista, en nuestro derecho sustantivo, impera la consideración objetiva, *ex* artículo 658 del Código Civil, donde la herencia, se

(158) Véanse las págs. 9, 13, 14, 16, 17, 18 19 y 20.

defiere por testamento o por ley, en el primer caso, la delación se llama testamentaria, en el segundo, legítima o intestada.

Como decíamos más arriba, no hay delación sin previa vocación, no hay oferta, sin antes no ha existido un llamamiento. Por la voluntad del testador manifestada en testamento se llama a la herencia para que después acepte o repudie lo deferido.

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES

Abogado

La registraci3n inmobiliaria en el proyecto de reformas al C3digo Civil argentino

SUMARIO.—INTRODUCCION.—RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES COMUNES A LA REGISTRACION DE COSAS REGISTRABLES (CAPITULO 1).—EXAMEN DE LOS ARTICULOS PROYECTADOS COMO DISPOSICIONES COMUNES PARA LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA: LAS DISPOSICIONES COMUNES.—EXAMEN DE LOS ARTICULOS PROYECTADOS COMO DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA: LAS NORMAS EN GENERAL. LAS NORMAS EN PARTICULAR.—LAS REGISTRACIONES PERSONALES.

INTRODUCCION

El 18 de diciembre de 1998, la Comisi3n Honoraria, creada por el Decreto 685/95, del Poder Ejecutivo Nacional, present3 al Ministro de Justicia de la Naci3n, y por su intermedio al Presidente de la Naci3n, el nuevo anteproyecto de C3digo Civil unificado con el C3digo de Comercio.

Es 3ste el cuarto intento de lograr un C3digo 3nico para nuestro pa3s, teniendo el anteproyecto al momento de publicaci3n de este art3culo tratamiento legislativo. El trabajo se compone del texto de la ley, que deber3 aprobar el nuevo C3digo Civil, y de los Anexos I y II. El primero contiene todo el articulado del proyectado ordenamiento de fondo y el segundo de la legislaci3n complementaria. Luego del mensaje de elevaci3n del proyecto aparecen sus fundamentos. El C3digo consta de 2.532 art3culos, dividido en: Libros, T3tulos, Cap3tulos, Secciones, y P3rrafos.

La reforma proyectada a la ley nacional registral n3mero 17.801 se encuentra en el Libro Quinto: «De los Derechos Reales», en el T3tulo XIII, «De la publicidad registral», dividido en tres cap3tulos, el primero conteniendo disposiciones generales para la publicidad registral sobre cosas, el segundo regulando la publicidad inmobiliaria y el tercero referido a las registraciones

personales, en cincuenta y dos artículos, que analizaremos en este trabajo, siguiendo el orden del proyecto.

El Proyecto, siguiendo al de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, destaca la importancia de la publicidad registral en el ítem 292 de la Exposición de Motivos, y señala que: «no debe dilatarse más la incorporación de un ordenamiento básico de la publicidad registral al Código Civil, al menos con relación a las cosas, pues el artículo 2.505, según la redacción de la ley 17.711, ceñido a los inmuebles quedó legislado en un contexto extraño a la registración». Recordemos que el ordenamiento básico de la publicidad registral inmobiliaria es la Ley Nacional Registral Inmobiliaria número 17.801, lo que faltó fue actualizar la misma, e incorporar normas que regulen las relaciones jurídicas derivadas de la publicidad registral, no la ley registral que ya está incorporada al Código Civil dentro de las leyes que lo integran, el Proyecto incorpora a la ley registral dentro del texto mismo del Código, como ya lo expresáramos más arriba. Destaca el mencionado ítem que para su redacción se han tenido en cuenta las enseñanzas de la tradición argentina, muchas de ellas acogidas por los congresos internacionales de derecho registral, desde el de Buenos Aires de 1972, hasta el reciente de Marruecos de 1998.

Queremos señalar que en diversos congresos y seminarios hemos expresado nuestra convicción acerca de una reforma parcial de la ley registral (1), por lo que desde este pensamiento analizaremos el proyecto de reformas y esperamos su sanción.

El Proyecto agrega modificaciones muy importantes a la actual ley nacional registral, las que reseñaremos en este trabajo, y persiste en el mantenimiento de algunas normas contenidas en la Ley 17.801.

El texto del Proyecto fue analizado en la XXXVI Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, realizado en Resistencia, Provincia del Chaco, República Argentina, en el mes de octubre de 1999.

Reunión en la que se consideró insuficientes los fundamentos del proyecto de ley, para ilustrar sobre los motivos que llevaron a los autores a descartar prácticamente las normas de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria número 17.801 (que será abrogada conforme lo previsto en el artículo 12 de la «llamada legislación complementaria»).

Por la escasez de la fundamentación no se alcanzaron a comprender las razones que justifiquen trasladar al cuerpo codificado un articulado semejante al de la Ley 17.801, y haciéndolo no siempre con acierto. Si se determinó que las normas proyectadas no aportan más claridad respecto del actual régimen de publicidad, oponibilidad, y demás previsiones de dicha ley, señalando que las disposiciones proyectadas dificultan la interpretación y aplicación de las

(1) Del último párrafo de nuestro trabajo: «Ley Nacional Registral Inmobiliaria... treinta años después», en *Revista del Notariado*, núm. 856, julio de 1999, pág. 99.

normas, con el agravante de que la inclusión en el Código de aquellas de naturaleza procedimental hará más complejo el trámite de una reforma futura que procure superar dichas dificultades.

La mencionada Reunión analizó las conclusiones de un trabajo realizado por el Dr. Felipe Pedro Villaro, asesor del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y asesor del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, «Algunas reflexiones críticas sobre la Publicidad Registral, particularmente Inmobiliaria, en el Proyecto de Código Civil», que en parte se transcribe a continuación, y ha resuelto integrarlo al Despacho número 2 de la mencionada Reunión, señalando las siguientes coincidencias:

1) No es aconsejable incluir en el Código Civil los aspectos referidos al procedimiento registral, sino sólo los principios generales de la Publicidad Registral.

2) Con respecto al artículo 2.177, surgen dos posturas diferentes, una la de aquellos que entienden que limitan las escrituras simultáneas y la exigencia que el certificado individualice los actos a instrumentar y los escribanos que intervendrán. La otra que hace hincapié en la necesidad de individualizar a los escribanos intervinientes y a los actos a instrumentar.

3) No es conveniente para acceder a la publicidad formal del Registro, reemplazar el concepto de «interés legítimo», por el de simple interés, como resulta del artículo 2.170 del Proyecto.

4) Es necesario establecer plazos de vigencia diferenciados para los certificados administrativos y judiciales.

5) Es necesario establecer normas para la publicidad registral de la subasta.

6) No tiene sentido el agregado de los datos que establezcan «las leyes locales», respecto de la individualización de las personas inhibidas judicialmente, tal como lo regula el artículo 2.187 del Proyecto.

7) Con respecto al régimen patrimonial del matrimonio (Título II del Libro III), las normas allí reguladas son insuficientes en materia de publicidad registral, con previsibles efectos negativos sobre el tráfico jurídico inmobiliario.

El análisis puntual del articulado del Proyecto se dividió de la siguiente manera:

RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES COMUNES A LA REGISTRACION DE COSAS REGISTRABLES (CAPITULO 1)

El Proyecto privilegia el instrumento público por sobre el privado que sólo podrá ser inscrito cuando una ley así lo prevea, si las firmas están certificadas por escribano público (artículo 2.139).

El artículo 2.138 persiste en la no convalidación registral del instrumento nulo, como así tampoco en la subsanación mediante la inscripción de los defectos que adoleciera el documento según las leyes.

Este artículo al establecer que la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes, se ciñe a los negocios jurídicos afectados de nulidad insubsanable, bien por no haber nacido a la vida jurídica al faltarles un elemento esencial (inexistencia), o ya sea porque su viabilidad jurídica se opone a la misma ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta o relativa).

O sea que la inscripción registral no es factor constitutivo de derechos ni imprime validez a los contratos nulos, sino que sirve de amparo a los títulos cuando provengan de negocios con eficacia legal.

Mantiene el Proyecto, en el artículo 2.140, el principio de rogación registral, dejando a las leyes locales la regulación de quienes tienen interés legítimo en hacer variar la situación registral.

De modo que la persona que haya presentado el documento en el Registro de la Propiedad Inmueble podrá solicitar la práctica del asiento pretendido, dado el carácter rogado de nuestro sistema registral todo ello sin perjuicio de la facultad calificadora del registrador para acceder o no a la petición, y del trámite recursivo registral en caso de negativa.

El artículo 2.141 establece la facultad calificadora del registrador, basada en el principio de legalidad, sin establecer los límites, y sin señalar si sólo se califican los documentos inicialmente presentados sino también los relacionados con ellos.

Este artículo escueto es explicado en la Exposición de Motivos, admitiendo que la calificación puede ir más allá de las formas extrínsecas, pero con el impedimento de calificar si el escribano ya lo ha hecho, en forma expresa y fundada; se trata de impedir calificaciones superpuestas.

El final de dicho texto, dice: «sin perjuicio de los recursos judiciales de revisión», se trata como en el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, de legitimar al registrador para insistir en sus decisiones ante los tribunales que intervengan en la revisión de la calificación (2). Aplaudimos el texto de este artículo anhelado largamente, a fin de poder defender la calificación registral al poder intervenir en el trámite judicial, tal como lo hacen los registradores españoles en el trámite del recurso gubernativo.

(2) Así es en España.

EXAMEN DE LOS ARTICULOS PROYECTADOS COMO DISPOSICIONES COMUNES PARA LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA

LAS DISPOSICIONES COMUNES

El artículo 2.137 establece que la publicidad registral «requerida a los efectos previstos en los ordenamientos respectivos con relación a cosas, se realiza mediante la inscripción del instrumento en el que conste la situación jurídica registrable». Parece que todas las cosas registrables, quedan sujetas a las normas comunes contenidas en el Capítulo I, por lo tanto a ellas habrá que aplicarle el contenido de los artículos 2.138 a 2.155, a saber: no convalidación, instrumentación en documento público, como regla: calificación amplia, prioridad mediante el ordenamiento diario de presentación de los documentos, modificación convencional de la prioridad, especialidad, soportes inmutables, procedimiento de tracto abreviado, presunción de exactitud, título inscripto y certificado previo para autorizar actos de transmisión o modificación de un derecho, entre otros. Ahora bien: junto a los inmuebles, en nuestro derecho tenemos como cosas registrables a los automotores, a los buques y a las aeronaves. Los automotores tienen su régimen registral propio, anterior al régimen registral inmobiliario, regulado por el Decreto-Ley 5682 de 1958, ratificado por ley 14.467, y modificado por las leyes 22130, y 22977. Las aeronaves también lo tienen con la ley 17285, y los buques lo tienen con el Registro de la Propiedad Naval, creado por decreto 18300 de 1956 y ratificado por ley 19170 como Registro Nacional de Buques.

Del modo expuesto en el proyecto de ley, tenemos en la actualidad en nuestro país, cuatro regímenes.

EXAMEN DE LOS ARTICULOS PROYECTADOS COMO DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA

LAS NORMAS EN GENERAL

El Capítulo II del Título XIII destina 30 artículos a regular la publicidad inmobiliaria, los fundamentos expresan que se han tomado de la Ley 17.801, cuyas normas se han trasladado con algunas modificaciones o literalmente, también se han agregado algunas normas nuevas como los artículos 2.157, 2.162, 2.174, y 2.178. Algunos artículos de la Ley 17.801, como el artículo 18, han sido desdoblados en tres normas (arts. 2.180, 2.181 y 2.182), sin ninguna razón aparente, como no sea la de redactar textos breves. Sin embar-

go, no ocurre lo mismo con otros artículos como el 2.160 y el 2.161. Se alteró la distribución de los artículos que tiene la actual ley 17.801 y el resultado no implica una mejora, como en el caso del artículo 2.176 que regula la inscripción condicional (en realidad debió llamarla condicionada), con motivo de la reserva de prioridad que origina el certificado cuando no es ésta la única fuente de condicionamiento, ya que también la generan las inscripciones provisionales y el transcurso del plazo de presentación de los documentos.

Sobre algunos textos originales de la ley 17.801 se han introducido modificaciones gramaticales que no en todos los casos los mejoran, y en otras se han reemplazado conceptos incurriendo en algunas imprecisiones como ocurre con los de soporte y matrícula que en los arts. 2.166 y 2.167 se confunden.

LAS NORMAS EN PARTICULAR

El ordenamiento especial para la publicidad inmobiliaria se abre con el artículo 2.156 (3), que es el reflejo y la consecuencia de la teoría mayoritariamente sostenida por la doctrina y la jurisprudencia, basada en la tradición como modo de adquirir, sin publicidad registral, esta teoría, y en consecuencia, la norma contenida en el artículo 2.156, se apoya sobre el concepto de oponibilidad haciéndolo jugar de modo diferente según se trate de terceros interesados de buena fe o de terceros desinteresados o interesados de mala fe en el primer caso para convertir en inoponible. En el primer caso para convertir en oponible la adquisición o modificación exige la inscripción registral. En el segundo caso, la oponibilidad de las mutaciones se produce sin necesidad de inscripción registral, extendiéndola a las partes, sus herederos, el funcionario autorizante. Tendremos un derecho real oponible a algunas personas cuando haya inscripción registral y oponible a todas las personas (*erga omnes*), cuando la haya. Y tendremos un derecho real que será oponible a los terceros interesados de mala fe y a los desinteresados pero no será oponible a los terceros interesados de buena fe. De tal manera cuando se trate de la adquisición del derecho real de dominio, si no hay inscripción no habrá acción reivindicatoria, ni confesoria, ni negatoria con respecto a los terceros interesados de buena fe. Es concebible, puede preguntarse, un derecho real de dominio sin esas acciones. Para esta teoría es concebible ya que se supone que la oponibilidad es cuestión no sustancial del derecho real. Igual situación habrá de ocurrir con un derecho real de hipoteca no inscripto, tendrá oponibilidad y por lo tanto acción reparatoria y preferencia, para los terceros desinteresados y los interesados de mala fe, no la tendrá para los terceros interesados de buena fe. Y así sucesivamente.

(3) N. del A.: Este artículo es originario del proyecto.

Podemos admitir esta teoría como una amonización inteligente del artículo 2.505 del Código Civil, incorporado por la ley 17.711, con la estructura orgánica del Código Civil, pero no podemos aceptarla como propuesta normativa para un Código Civil moderno, tal como se la regula en el artículo 2.157 (4). No sólo porque destruye la estructura lógica del derecho real, sino que reserva para la tradición una función que no puede cumplir.

El artículo 2.158 (5) especifica qué instrumentos son inscribibles en los Registros de la Propiedad Inmueble, su texto es similar al del artículo 2 de la ley 17.801; no obstante, se lo ha sintetizado, con dos diferencias: en primer lugar el adverbio «sólo», con lo que parece que indicarse que fuera de los señalados por el artículo no puede haber otros instrumentos susceptibles de inscripción. En segundo lugar han sido excluidos los documentos que «declaran» la adquisición de un derecho real inmobiliario, admitidos en el texto del artículo 2 de la ley 17.801. Como no hay explicaciones para los artículos proyectados, pues no hay notas y los Fundamentos son muy generales, se ha pensado que no existen documentos inscribibles que declaren la adquisición de derechos reales inmobiliarios; o que si los hay, no se deben inscribir. Nos queda la duda, pues, respecto de las sentencias de usucapión, de las adjudicaciones por partición hereditaria, de las adjudicaciones por partición por divorcio vincular y de las declaratorias de herederos y testamentos, que no son títulos sino que «declaran la existencia de un título», acerca de la posibilidad de su inscripción o no ya que el adverbio «sólo» es categóricamente limitativo. Tal vez se las haya considerado incluidas entre las adquisiciones o entre las modificaciones de los derechos reales inmobiliarios.

El artículo 2.159 (6) es uno de los pocos sobre los cuales hay referencias en los Fundamentos del Proyecto (punto 292, párrafo 9) que «en materia de calificación se tienden a equilibrar los valores e incumbencias en juego a través de admitir que la calificación puede exceder los aspectos, meramente formales, pero con el impedimento para hacerlo si el escribano o funcionario público se hubiera expedido sobre esos aspectos de manera expresa y fundada», y como consecuencia de tal decisión el texto proyectado nos dice, como la Ley 17.801, en su artículo 8, que «el Registro debe calificar la legalidad de las formas del instrumento cuya inscripción se solicite...» y a continuación se agrega el texto que constituye una novedad y no tiene antecedentes en la legislación registral argentina, y que dice: «También puede calificar aspectos sustanciales que surjan del instrumento si el escribano o funcionario público no se hubiera expedido sobre ellos de manera expresa y fundada». Los fun-

(4) N. del A.: Idem.

(5) N. del A.: Este artículo reproduce con modificaciones el artículo 2 de la Ley 17.801.

(6) N. del A.: Este artículo reemplaza al artículo 8 de la Ley 17.801.

damentos a los que nos referimos más arriba no arrojan demasiada luz sobre esta regla calificatoria ya que sólo agregan que ella «resguarda (el interés general) del desaliento de la superposición de calificaciones cuando el autorizante asume sus funciones sin retaceos».

Según la confesada intención de los redactores, el texto que examinamos vendrá a solucionar un conflicto existente entre la extensión de la función calificadora registral y la función calificadora notarial o judicial, o administrativa (no se distingue en el texto proyectado), con la que puede superponerse la registral. Hasta ahora sabíamos que el autorizante era el autor del documento, quien da, con fe pública, forma instrumental al negocio que celebran las partes, pero ignorábamos esa función calificatoria, con respecto al documento mismo, que este artículo 2.159 regula.

No podemos dejar de señalar que con el texto de la ley vigente (17.801), no puede existir conflicto con la extensión de la función calificatoria: el registrador sólo puede examinar aquellos aspectos que la ley prescribe, siempre que se refieran al contenido registrable del documento y surjan de él. Y nadie que no sea el registrador puede calificar esos aspectos, pues se estaría sustituyendo en su función y, al fin de cuentas, no se sabría a ciencia cierta cuál es el rol de unos y otros.

El texto del artículo proyectado, comienza con una frase permisiva diciéndonos: «también puede calificar aspectos sustanciales que surjan del instrumento», dando por sobreentendido que existen aspectos no sustanciales (¿serán formales?) y sustanciales, debemos preguntarnos entonces cuáles serán los unos y los otros, nos debemos preguntar ¿es sustancial o formal la comparencia al acto de las partes, la existencia de representación, la libertad de disposición, la existencia de precio en la compraventa, el asentimiento conyugal, la autorización para disponer en el caso de los menores o insanos, la condición de ganancial o propio de un bien al efecto sucesorio, en una transmisión por tracto abreviado, entre otros? ¿Quién habrá de resolver si son formales o sustanciales? ¿El registrador? ¿El autorizante? ¿El tribunal revisor? Pero no nos anticipemos, el texto proyectado agrega que en el caso de aspectos sustanciales «el registrador podrá calificarlos, si el escribano o funcionario público no se hubiera expedido sobre ellos de manera expresa y fundada». ¿Qué significa «expedirse»? ¿En dónde debe expedirse el autorizante? y ¿Quién resuelve si se expidió en forma fundada?, nos planteamos tres interrogantes que la norma deja abiertos y sin respuesta: en la escritura pública, en la resolución judicial o en la resolución administrativa, los autorizantes no tienen que «expedirse», sobre nada porque expedirse equivale a pronunciarse sobre algo, a emitir una opinión, y no es esa ni puede ser tarea del autorizante; no se puede confundir una escritura pública con un dictamen o con una resolución y mucho menos exigir, además que la opinión sea fundada. Y por otra parte, por más que el autorizante no se haya expedido en

forma fundada y expresa, como dice el texto proyectado, hay aspectos que el registrador no puede calificar aunque el autorizante no se expida.

Si imaginamos ordenadamente lo que puede ocurrir veremos que esta norma proyectada puede convertirse en una fuente inagotable de conflictos mucho mayores de los que quiso evitar: supongamos que sobre un aspecto que el autorizante consideró sustancial, se expide del modo que plantea la norma. Frente a ello pueden ocurrir dos situaciones: que el registrador entienda que es formal y por lo tanto puede calificar, o que entienda que la «expedición» no es fundada y, en consecuencia observe igualmente el documento. Creemos que con este procedimiento se habrá inventado una nueva categoría de observaciones registrales: las referidas al carácter formal o sustancial del aspecto a calificar y las referidas a si ha habido expedición fundada o no sobre él. No tenemos dudas que esta norma sólo puede haberse formulado tal como aparece sobre la base de una frustración expresiva, pues de lo contrario deberíamos pensar que exterioriza un preocupante distanciamiento de la problemática registral concreta.

El artículo 2.160 (7), si bien reproduce la primera parte del artículo 9 de la ley 17.801, ha sido formulado como una descripción de las conductas posibles del registrador, frente al instrumento que serían tres: inscribir definitivamente, inscribir provisionalmente, o rechazar el documento: el artículo se olvida de una cuarta posibilidad que es la inscripción «condicionada» regulada más adelante en el artículo 2.176 y denominada «inscripción condicional». Ya que se incluyó la inscripción definitiva debió incluirse también la inscripción condicionada.

El texto del artículo presenta a nuestro entender, algunas variantes que no lo mejoran, a saber: se ha suprimido la anotación provisional, en realidad la figura de la anotación se ha suprimido en todo el texto del proyecto.

En el inciso b) al referirse a la inscripción provisional se menciona la existencia de «defectos saneables», abandonando el concepto de «defectos subsanables» (del artículo 9 inc b) de la ley 17.801. No nos parece útil el reemplazo del término porque el concepto de «subsaneable» tiene una larga identidad técnico-registral, tanto en la legislación argentina como en la hipotecaria española que en esto le sirvió de fuente. Además porque son conceptos distintos: el saneamiento se reserva para los vicios de los actos jurídicos, y en este sentido utiliza el término *el mismo Proyecto* en los artículos 384 (nulidad absoluta. No saneamiento) y 383 (nulidad relativa). La subsanación incluye defectos que pueden no ser vicio, y así lo usa también *el mismo Proyecto*, en el capítulo I del mismo Título que analizamos, en el artículo 2.138. No se nos ocurre ninguna razón por la que se ha utilizado aquí un criterio diferente.

(7) N. del A.: Este artículo reproduce el artículo 9 de la Ley 17.801.

En el inciso c) destinado al rechazo del documento se mantiene la nulidad absoluta y manifiesta, como aquí se la denomina «invalidez absoluta y ostensible», no obstante que en el artículo 384 del proyecto —citado más arriba— se la denomina nulidad absoluta y manifiesta.

El artículo 2.161 (8), regula la inscripción provisional reproduciendo con pocas variantes la segunda parte del artículo 9 de la Ley 17.801. Ellas son:

- La prórroga de la inscripción provisional cuyo plazo se mantiene en 180 días, se concede mediante petición fundada, y resolución también fundada, aspecto este último bastante obvio ya que si no hay resolución no habrá prórroga y si se puede conceder o no la decisión registral deberá expresar porqué lo hace;

- Se ha eliminado la prórroga automática, que contiene el actual artículo 9 de la Ley 17.801, para el supuesto que se solicite la rectificación de la decisión, lo cual puede implicar una desprotección para el solicitante y una inadvertencia para el tercero que —mantiene una inscripción condicionada por esa provisional—.

- Se incorporó en el texto el plazo de 90 días para interponer la rectificación de la calificación. A nuestro juicio este texto incursiona en un aspecto reservado a la legislación local, e indudablemente ha sido tomado del establecido en el artículo 44 del Decreto 2080/80 (t.o. por Dto. 466/99), reglamentario de la ley nacional registral en la Capital Federal.

El artículo 2.162 (9) contiene un mandato para las legislaciones locales que concretaría una aspiración reiteradamente reclamada por los Registros: la posibilidad de insistir en sus decisiones ante los tribunales que intervengan en la revisión de las causas. Celebramos la inclusión de este artículo, sin duda, tomado del artículo 115 de la Ley Hipotecaria Española (recurso gubernativo arts. 66 Ley Hipotecaria y 113, 114, 115, 116, del Reglamento Hipotecario).

Los artículos 2.163, 2.164, 2.165, y 2.166, reproducen sin mayores variantes los artículos 10, 11, 12 y 13 de la Ley 17.801, salvo la introducción del concepto de «soporte real» —al que antes nos refiriéramos, con el que se busca ampliar el concepto de folio real» limitado nominalmente a la hoja registral. También se refiere a los «soportes», en el Título XIII, Capítulo 1, Disposiciones comunes, en el artículo 2.145, donde prescribe directivas muy concretas para lo que denomina «soportes», señala que los asientos registrales deben concentrarse en un único soporte, que deben preverse soportes de resguardo y que todos los soportes deben ser de «máxima inmutabilidad», «permanente legibilidad» y «reconstruibles».

(8) N. del A.: Idem.

(9) N. del A.: Este artículo es originario del proyecto.

Está claro que el término soporte está usado en un sentido más o menos metafórico, como referencia a la sustancia en que deben estar sostenidos los asientos (la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es precisamente «apoyo o sostén»; las otras dos acepciones no tienen ninguna vinculación) (10). Admitiendo la metáfora también es evidente que, en primer lugar, se ha efectuado una transliteración del concepto de «folio real» según el cual se destina una hoja o folio para cada inmueble. Lamentablemente la transliteración es imperfecta porque al agregarle el adjetivo «único», lo que resulta es que tendremos un «sólo soporte y sin otro de su especie», lo cual deviene ininteligible, como no sea que entendamos que los «soportes» deben ser todos del mismo material... tal vez lo que se quiso decir es que debe haber soportes separados para cada cosa, pero del modo en que ha sido dicho, parece ser que los asientos (todos los asientos) deben estar juntos, en un solo y único soporte, lo cual resulta absurdo. Es indudable, que no se ha querido caer en una terminología limitativa para evitar que los asientos registrales deban estar obligadamente asentados en papel o cartulina, abriendo la posibilidad de la memoria magnética o del disco óptico. Sin embargo, los requisitos que se enuncian en la segunda parte del artículo contradicen totalmente esa posibilidad como se verá seguidamente.

Según se ha establecido, «los soportes deben ser de máxima inmutabilidad» y «permanentemente legibles», además de «reconstruibles». Dejemos de lado la cuestión acerca que lo inmutable no tiene grados: algo es inmutable o no lo es, por lo tanto no hay máxima ni mínima. El diccionario define a la inmutabilidad como la «calidad de lo inmutable», e inmutable es lo que «no puede ni se puede cambiar» (11), a partir de este concepto tan claro, estamos obligados a decir que compartimos el criterio que los «soportes registrales» deben ser inmutables, pero nos parece que esto debió ser dicho de otro modo, específicamente señalando sin temores, cómo quiere que sea el asiento registral. Desde el punto de vista estricto sólo los objetos ideales son inmutables por definición, en consecuencia debemos recurrir a un concepto relativo de inmutabilidad, entendiendo por tal aquello que, si se cambia se advierte o mejor dicho, aquella cualidad que hace que aquel cambio sea irreversible desde el punto de vista físico. Este es el concepto utilizado por el proyecto italiano de conservación electrónica de documentos, en el que se define como «soporte indeleble», aquel medio de memorización de datos cuya tecnología comporta la modificación irreversible de su estado físico. En tal sentido, resultan indelebles, y por tanto inmutables, el papel y la imagen del disco óptico (aunque sobre éste no se

(10) Diccionario de la Real Academia.

(11) Diccionario de la Real Academia.

puede operar), y no reúnen tal calidad los medios magnéticos «floppy-disk», cintas, cartuchos y discos rígidos, de las computadoras), pues en ellos lo que se organiza es un componente físico, por lo que se puede reescribir sobre ellos. Es también el concepto utilizado por el artículo 30 de la Ley 24.624, en el que se define al «soporte indeleble», como el único que garantiza la estabilidad, perdurabilidad, inalterabilidad e inmutabilidad de los datos. Nos parece que el texto proyectado debió ser más preciso, pues en el estado tecnológico actual, los requisitos exigidos para el soporte, sólo son reunidos por el papel. Y sólo en este caso cobra significación la exigencia de soportes de resguardo.

En cuanto al requisito de «permanente legibilidad» también a él representa un concepto problemático: si por ello se entiende aquello cuya significación inmediata se percibe mediante el sentido de la vista, sólo tiene tal condición el texto escrito, es decir el que expresa conceptos e ideas mediante la representación gráfica de las palabras del idioma español. Si para leer —como ocurre con los textos contenidos en la memoria de la computadora— es necesario contar con la traducción de la máquina y el programa respectivo, es evidente que no estamos frente al supuesto de «permanentemente legible»; la legibilidad sólo existirá en la medida en que haya traducción pues el asiento, registral no estará en idioma español sino en caracteres magnéticos, que no son lengua sino lenguaje.

No es necesario referirse a la exigencia de que los soportes sean «reconstruibles», porque si se destruye el soporte lo que podrá reconstruirse es el asiento, pero no el soporte.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos dejar de señalar la confusión en la que se incurre —tal vez porque se trata de conceptos nuevos en el artículo 2.166: en el caso de división de inmuebles se manda confeccionar nuevas matrículas, y a «poner nota en el soporte primitivo». En el caso de anexión o unificación la vinculación no es entre los «soportes» sino entre las «matrículas».

El artículo 2.167, es el equivalente del artículo 14 de la Ley 17.801, pero mientras éste ordena practicar las registraciones «en los lugares correspondientes del folio», en el artículo del proyecto ha desaparecido toda referencia espacial. Además se ha suprimido el último párrafo del citado artículo 14 que contiene la exigencia del estricto orden cronológico de las inscripciones para impedir intercalaciones. Debió al menos, preverse un texto equivalente, al igual que para las especificaciones particulares al que se refiere en su parte final.

El artículo 2.168, copia la última parte del artículo 33 de la Ley 17.801, como este trabajo trata de una opinión acerca del proyecto de reformas, y el mencionado artículo es una transcripción con casi imperceptibles variantes no en cuanto a contenido sino en cuanto a redacción, no lo comentamos.

El artículo 2.169 (12) se refiere a las instrumentaciones simultáneas, incluyéndolo como supuesto del procedimiento de tracto abreviado. Cabe apuntar, no obstante, que se ha precisado el concepto de simultaneidad, siguiendo la doctrina mayoritaria, «como el que resulta de instrumentaciones otorgadas el mismo día», aunque se trate de escribanos de distinta jurisdicción. Es una acertada solución, pero al margen de ello, creemos que debió hablarse de escrituras simultáneas, pues no se nos ocurre cómo puede haber simultaneidad entre actos judiciales o administrativos».

Desde el artículo 2.170 al 2.178 se regula lo que en la Ley 17.801 es el capítulo destinado a la publicidad registral en sus artículos 21 a 29. Muchos textos son reproducción de éstos (13) (con excepción de los artículos 2.174, 2.176, y 2.178), pero hay diferencias sustanciales que creemos necesario analizar:

El artículo 2.170, similar al artículo 21 de la Ley 17.801, aunque sintetizado, al señalar que el registro es público para quien quiera conocer el estado jurídico de los inmuebles, ya no exige, como la Ley 17.801, «interés legítimo», sino simplemente «interés». Se ha excluido también la posibilidad de conocer las situaciones personales, al eliminar la voz «interdicción» que contiene el artículo de la ley registral, y no la consigna tampoco en el artículo siguiente con respecto a la «libertad de disposición», como lo hace el artículo 22 de la ley actual. No creemos que se las haya querido excluir, es indudable que se trata sólo de una omisión, pues aparecen en el artículo 2.148 de las Disposiciones Comunes. Este artículo es una generalización del artículo 23 de la Ley 17.801, no tiene demasiadas diferencias, salvo la confusa redacción de su segundo párrafo, ya que el primero está planteado como prohibición y el segundo como exigencia, nos parece que hubiera sido preferible mantener la redacción originaria de la Ley 17.801, que estimamos más correcta.

El artículo 2.170, que equivale al artículo 22 de la Ley 17.801, ha sido denominado «vías de acceso», a nuestro juicio incorrectamente, porque luego el proyecto establece que el Registro debe expedir certificados, informes o copias de la documentación registral y estas en realidad no son «vías de acceso», sino medios de publicidad. En todo caso las vías de acceso serán las solicitudes respectivas, si bien puede admitirse que se trata de una metáfora aunque no debiera haberlas en la ley.

La frase final del texto proyectado, que es en verdad la que corresponde al artículo 22 de la ley actual, tiene tres importantes diferencias, a saber:

(12) N. del A.: Este artículo reproduce parte del artículo 16 de la Ley 17.801.

(13) N. del A.: El artículo 2.170 reproduce el 21, el 2.171 copia al artículo 22, el 2.172 reproduce con variantes el artículo 24 y el 25, el 2.173, la última parte del artículo 24; el 2.175 toma parte del artículo 25, el artículo 2.177 reproduce con variantes el artículo 26, el 2.179 reproduce el artículo 5, modificándolo, todos de la Ley 17.801.

1) El artículo 22 de la Ley 17.801 se refería solamente a la certificación, como el medio para acreditar fehacientemente ante terceros la situación jurídica de los inmuebles y la libertad de disposición. En el texto del proyecto se han incluido los informes y las copias de la documentación registral.

2) El texto actual se refiere a los terceros «interesados de buena fe», con lo que parece querer decir que no sirve el certificado el informe para los desinteresados o para los interesados de mala fe, al menos es lo que surge del texto, la pregunta surge sola; si no es con la certificación o los informes ¿con qué documentos se acredita la situación registral de los bienes y las personas frente a los terceros interesados de mala fe?

3) El texto de la Ley 17.801 establece que la situación de los bienes y las personas, sólo puede acreditarse frente a terceros con los certificados; el texto del proyecto modifica la frase y dice que «sólo con estas constancias puede acreditarse registralmente, la situación de los bienes y las personas», este agregado puede implicar sólo dos posibilidades: es una incorrección gramatical, o es una limitación absurda del efecto del certificado registral, ya que si se entiende literalmente habría que suponer que existen medios no registrales de acreditar situaciones no inscriptas.

4) La acreditación frente a terceros, en el artículo 22 de la Ley 17.801, se limita a la plenitud o limitación de los derechos inscriptos, pero el texto del artículo 2.171, lo extiende a la existencia, libertad y amplitud de las situaciones jurídicas inscriptas», con lo cual introduce un enorme interrogante en el funcionamiento del sistema.

Hasta ahora «la acreditación» de la situación inscripta se acredita con el «título inscripto» (14), no con la información registral; en el texto del proyecto parece que se acredita con la información registral incorporando el principio de legitimación del modo español. No obstante, al no aparecer corroborado por otras normas, ni regularse los efectos de esta aparente legitimación —derivada del principio de exactitud e integridad registral—, nos inclinamos por pensar que el término ha sido agregado pensando en otra circunstancia, sobre la cual, no obstante, nada puede averiguarse leyendo el texto proyectado o sus fundamentos.

Los artículos 2.172 y 2.173 reproducen al artículo 24 y parte del artículo 25 de la Ley 17.801, en el primero se adecuaba el texto a la interpretación mayoritaria vigente, con respecto al comienzo del plazo de vigencia del certificado, en el texto del proyecto el plazo comienza a correr «a partir de las cero horas del día de la presentación de la solicitud», y no la del día de su

(14) Para una mayor precisión se puede consultar nuestro trabajo: «Consecuencias procesales de la legitimación registral», en *Revista Notarial*, del Colegio de Escribanos de La Plata, número 970. Año 1999, página 50.

expedición como en el artículo 24 de la Ley 17.801, es a nuestro juicio la interpretación que mejor armoniza con la seguridad jurídica (15), en lo demás se mantienen los plazos de quince, veinticinco y treinta días que la norma del artículo 24 de la Ley 17.801 prevé para los certificados según el lugar de autorización del acto.

El artículo 2.172 establece que el certificado produce la «reserva de prioridad para la inscripción del instrumento para cuyo otorgamiento se solicita», sus variantes con respecto al artículo 25 de la Ley 17.801 son dos: la primera es nominal y reemplaza la frase «anotación preventiva», por la de «reserva de prioridad», que es el nombre técnico-jurídico que le corresponde, y señala su indiscutible «identidad autóctona» (16). La segunda es una omisión que no debió ocurrir, porque se ha suprimido la exigencia de que para hacer efectiva la reserva de prioridad, la presentación del documento debe hacerse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, que establece el artículo 5 de la Ley 17.801, o el de treinta días que establece el artículo 2.179 del proyecto. La reserva de prioridad del certificado queda, pues, desvinculada del plazo de presentación del documento, lo cual significaría de ser así, un deterioro del principio de prioridad, y desenvuelto con tanta precisión en los arts. 24 y 5 de la Ley 17.801. No obstante y pese a no aparecer tampoco en el artículo 2.176 (inscripción condicionada), sí aparece en el artículo 2.181 la referencia a «las circunstancias condicionantes que deben advertirse en el asiento». En consecuencia parece ser sólo un olvido de esta reforma.

El artículo 2.173 encomienda a la legislación local la regulación de la forma en la que se ha de solicitar el certificado y además de los escribanos, los funcionarios públicos que pueden solicitarla, reproduciendo la segunda parte del artículo 24 de la Ley 17.801, por lo que no realizamos comentario alguno.

El artículo 2.174 consagra una interpretación doctrinaria y jurisprudencial, aplicada desde hace muchos años por los Registros de la Propiedad Inmueble, por recomendación de la VI Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (MENDOZA 1969, Declaración Tercera) —y la VII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Rosario-Santa Fe 1970, Declaración Segunda) en el supuesto de actos autorizados sin certificación o con certificación no vigente, estableciendo como único efecto la pérdida de la reserva de prioridad— lo es obvio cuando no hay certificado, o éste ha perdido vigencia por vencimiento de su plazo, el docu-

(15) N. del A.: Este artículo se basó en lo dispuesto por el artículo 66 del Dto. 2080/80 de la Capital Federal.

(16) N. del A.: «La reserva de prioridad indirecta», «reserva de prioridad», o «retroprioridad», es una institución creada por la Ley 17.801, y se encuentra legislada en muy pocas legislaciones registrales del mundo.

mento goza de la prioridad directa, es decir la prioridad de su ingreso con anterioridad otro documento que pretenda alguna inscripción sobre el inmueble.

El artículo 2.175 reproduce el artículo 25 de la Ley 17.801, con la única diferencia que el artículo del proyecto dice: «el registro debe tomar nota en el soporte correspondiente», y en la Ley 17.801 se expresa: el registro tomará nota en el folio correspondiente», por lo que nos remitimos a lo expresado en oportunidad de comentar el artículo 2.145 del proyecto.

El artículo 2.176, que está incorrectamente colocado entre los artículos de la publicidad formal, contiene la regulación de las inscripciones condicionadas, tal como lo hacen los artículos 17 y 18 de la Ley 17.801, pero con una modificación sorprendente; la prioridad no afecta ya a los documentos (o instrumentos según el proyecto), sino a las solicitudes. En efecto el texto expresa claramente que, «durante el plazo de vigencia de la reserva de prioridad todas las rogaciones que se formulen, deben ingresar condicionadas en su prioridad y oponibilidad. «Es otra evidente inadvertencia del texto del proyecto: no ingresan condicionadas las solicitudes; las solicitudes simplemente ingresan: la que queda condicionada a la inscripción del instrumento, porque si no hay inscripción no hay condicionamiento. Por otra parte, ello sólo puede surgir al momento de calificar el instrumento y constar en el asiento registral la existencia de prioridades al ingresar.

El artículo 2.177, reproduce el artículo 26 de la Ley 17.801, pero contiene, a nuestro juicio, dos modificaciones desfavorables: la primera porque limita, en las escrituras simultáneas, la posibilidad de verificar las referencias en los testimonios, ya que esto sólo se puede hacer cuando «se referencian expedientes» (último párrafo del artículo 2.177), pero si se referencian expedientes, estaríamos ante un supuesto de tracto abreviado, pero no frente a un supuesto de tracto abreviado por escrituras simultáneas. La segunda, porque exige que, en el caso de simultaneidad, la solicitud de certificado individualice, los distintos escribanos a intervenir y los actos a instrumentar. Esta exigencia no está en el artículo 26 de la Ley 17.801, y al incorporarla al texto del proyecto no será posible utilizar la certificación —y por lo tanto el procedimiento— en los casos en que la posibilidad de un nuevo acto (por ejemplo: venta, donación o hipoteca), sobrevenga en la operatoria negocial con posterioridad a la expedición del certificado, con la redacción del artículo del proyecto, que comentamos, siempre debe saberse antes.

El artículo 2.178 contiene una directiva que es el resultado de una solución jurisprudencial llamada «cesión de certificado». Con este artículo se convierte en norma el criterio hace tiempo adoptado por los Registros, por recomendación de la XV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Corrientes, Neuquén Santiago del Estero 1978, Declaración Segunda) de limitar la eficacia de la reserva de prioridad a su utiliza-

ción por el escribano requirente, su adscripto o su reemplazante legal; por un error material el texto dice: «representante», en lugar de «reemplazante» pero resulta claro que se trata de este último, este artículo ha sido tomado del Decreto 2080/80 que reglamenta la Ley 17.801, en Capital Federal, pero contiene en su parte final, una variante significativa: Es posible requerir un certificado para que sea utilizado por otro escribano, a condición de que el escribano fuera de otra jurisdicción. No resulta del texto la explicación de la limitación a los escribanos de la misma jurisdicción, nosotros no advertimos razón para que no lo soliciten directamente. No obstante, esto, puede ser así, cuando se trate de autorizantes con sede legal en la ciudad asiento del Registro, y es totalmente diferente en las provincias en las que las distancias entre las ciudades de su interior se hallan a cientos de kilómetros de distancia.

El artículo 2.179, equivale al artículo 5 de la Ley 17.801, y presenta como única modificación la reducción a treinta días del plazo de cuarenta y cinco días establecido en la Ley 17.801. Esta modificación no incide sobre la problemática registral, sino sobre el quehacer notarial, por lo que su evaluación debe efectuarse desde este punto de vista. Independientemente de ello, creemos que la reducción del plazo para presentar la escritura agiliza el tráfico jurídico.

El artículo 2.180, transcribe el contenido del artículo 17 de la Ley 17.801, con la variante de haberse reemplazado la palabra «oponga», por «contraponga», de manera que el concepto resultante es de instrumento contraponible en lugar de instrumento oponible. Aunque la significación no se altera, razones eufónicas y de coherencia con el concepto de oponibilidad (que el propio proyecto utiliza reiteradamente), nos hacen inclinarse por esta última voz.

Los artículos 2.181, 2.182 y 2.183 representan la división del artículo 18 de la Ley 17.801, en tres normas separadas. Pudo haberse mantenido en un solo artículo o no; la cuestión carece de trascendencia, pero en todo caso debió completarse la agrupación con el artículo 2.176 para reunir con alguna sistemática, todo lo relativo a las inscripciones condicionadas.

El artículo 2.184 equivale al artículo 37 de la Ley 17.801, pero en él se reduce el plazo de caducidad de la inscripción de la hipoteca a diez años y se incluye en este plazo al derecho real de anticresis. Desde este punto de vista la reforma es positiva, pero curiosamente se ha agregado una excepción a ese plazo que puede convertirse en regla y, lo que es peor, generar una innumerable diversidad de plazos de caducidad. El texto del proyecto después de fijar el plazo de diez años, agrega que ello será así «salvo que el plazo de duración de estos derechos sea mayor, en cuyo caso caducará al vencer dicho plazo». No es habitual que se fije plazo al derecho real de hipoteca, tampoco al de anticresis, ésta no existe prácticamente en la realidad negocial. Si es habitual que el plazo de las obligaciones garantizadas con hipoteca sea generalmente inferior al de veinte años de caducidad del artículo 37 de la Ley

17.801 y 3.179 del Código Civil, pero en los casos en que pudiere ser mayor (generalmente en las hipotecas del ex Banco Hipotecario Nacional, hoy Banco Hipotecario, S. A., u otros Bancos oficiales), la caducidad es desplazada por el tiempo de vigencia del contrato de préstamo o, en otros casos, se establece que la caducidad no opera mientras no se extinga la obligación principal. Este mecanismo, no obstante, no es aplicado a las hipotecas particulares, por lo que las que no caducan en el plazo legal son la excepción y, todas ellas pertenecen al régimen de los Bancos oficiales de la Nación VER. En cambio, en el texto del proyecto será posible pactar libremente el plazo del derecho real con lo cual automáticamente se modificará el de caducidad del asiento. No nos parece verdaderamente una reforma conveniente.

Es llamativa también la supresión de la posibilidad de reinscribir o renovar tanto el asiento hipotecario como el de medidas cautelares, que a diferencia del actual artículo 37 de la Ley 17.801, en el artículo del proyecto que comentamos ha desaparecido. en el caso de las medidas cautelares, sin duda, la supresión colisionará con las legislaciones locales que las regulan.

El artículo 2.185 transcribe textualmente el artículo 38 de la Ley 17.801, por lo que no realizamos comentario alguno.

LAS REGISTRACIONES PERSONALES

De acuerdo con lo expresado en los Fundamentos del Proyecto, el modo en que se ha redactado el Capítulo Final del Título XIII, referido en este caso a las Registraciones personales, parece querer concentrar en un solo Registro Nacional o en Registros provinciales que anoten las medidas cautelares que afectan a la libertad de disposición de las personas. No surge esto del texto de los artículos 2.186 a 2.188, pero así debe entenderse por dos razones, la primera porque la norma equivalente al artículo 38 de la Ley 17.801 que remite a la legislación local en cuanto a la organización y funcionamiento de los Registros, ha quedado dentro del Capítulo II y, por tanto debe referirse a lo inmobiliario exclusivamente. En segundo lugar porque el inicio del capítulo tiene una variante fundamental con respecto a su igual de la Ley 17.801, en ésta se establece que «el Registro tendrá secciones donde se anotarán...» (las inhibiciones y demás registraciones personales); en el Proyecto el texto inicial no contiene ninguna alusión al Registro Inmobiliario y comienza expresando directamente que «deben inscribirse las siguientes situaciones jurídicas con relación a las personas». Ambas directivas, posibilitan la creación de un Registro local separado o un Registro Nacional. Vemos con mucho agrado la posibilidad de la creación de un Registro Nacional donde se noten las inhibiciones generales de bienes, interdicciones, cesiones de derechos hereditarios y toda otra registración personal, registraciones que por su carác-

ter personal y no real, son incompatibles con la técnica del folio real no deben ser llevadas por el Registro de la Propiedad Inmueble.

Señalamos un defecto de técnica legislativa en el artículo 2.187 del Proyecto, en cuanto establece que los datos que hagan a la individualización de las personas inhibidas judicialmente, serán los que establezcan las «leyes locales», cuando anteriormente el mismo artículo establece que la identificación se realizará con el número de documento nacional de identidad.

En cuanto al texto de los artículos 2.186, y 2.188, se modifica solamente el primero de ellos: en el primero de ellos se ha incluido la «inhabilitación» y la «interdicción», junto a la «inhibición»; y en el segundo se regula específicamente la anotación de la cesión de acciones y derechos hereditarios.

Para concluir diremos que en lo que concierne a la registración y específicamente a la registración inmobiliaria el Proyecto de Reformas al Código Civil, tiene muchas falencias, como las ya señaladas en el trabajo analizado en la XXXVI Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble y muchas carencias, tales como la inexistencia de normas que regulen los principios de exactitud y legitimación registral, principios largamente anhelados por los registradores argentinos, la doble matriculación de inmuebles, las inexactitudes registrales y modos de rectificación, reconstrucción de folios y libros registrales deteriorados, las incompatibilidades para calificar y la responsabilidad del registrador, medidas de seguridad para los Registros, y normas que establezcan la calificación de documentos otorgados en el extranjero (17). Hasta la fecha este proyecto no ha sido sancionado, y esperamos que si el mismo no logra sanción la próxima comisión reformadora que realice un proyecto de reforma del Código Civil, analice por lo menos, aunque no comparta, las opiniones vertidas en la citada Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, puesto que son ellos los encargados de resolver los conflictos que puedan suscitarse en la aplicación de una norma registral a un caso concreto.

LILIA NOEMÍ DÍEZ*

(17) De nuestro trabajo citado en la nota 1, página 104.

* Profesora de Derecho Registral, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, de la Universidad Nacional del Nordeste. Profesora de Derecho Privado II (contratos Cíviles y Comerciales), de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste. Subdirectora del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia del Chaco. (República Argentina).

Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico (*)

SUMARIO.—I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. GARANTIAS QUE OFRECE EL REAL DECRETO-LEY 14/1999 EN CUANTO A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES ELECTRONICAS: 1. EL PROBLEMA DE LA FORMA DE CIERTOS CONTRATOS QUE NECESARIAMENTE DEBEN CONSTAR POR ESCRITO. 2. LA PRUEBA MEDIANTE DOCUMENTO ELECTRÓNICO FIRMADO DIGITALMENTE.—III. LA CONTRATACION ELECTRONICA: 1. MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO. 2. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. 3. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES. 4. REGLAS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL. 5. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.—IV. LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO CON CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. PARTES INTERVINIENTES Y TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. 2. EL CONTRATO ELECTRÓNICO CON CONDICIONES GENERALES. 3. EL DEBER DE INFORMACIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO. 4. LA POSIBILIDAD DE DESISTIR Y RESOLVER EL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR: 4.1. *El plazo para desistir y resolver el contrato.* 4.2. *Los gastos de devolución de la cosa.* 4.3. *La obligación de indemnizar los desperfectos del objeto del contrato.* 4.4. *Supuestos en que procede el desistimiento y supuestos en que procede la resolución:* 4.4.1. Supuestos de ejercicio del desistimiento. 4.4.2. Supuestos en que procede la resolución. 5. FORMA DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN. 6. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO Y DE LA RESOLUCIÓN. 7. MOMENTO DEL PAGO. 8. ADQUISICIÓN MEDIANTE CRÉDITO Y CONSECUENCIAS DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Actualmente es cada vez mayor el número de personas que utilizan el ordenador, no sólo para buscar información, sino también para realizar operaciones comerciales. Estas denominadas transacciones electrónicas en senti-

(*) El presente trabajo constituye la ponencia presentada por el autor en el Curso «Los diez últimos años de reformas en el Derecho de Obligaciones y Contratos», organizado por el Centro Buendía (Vicerrectorado de Extensión Universitaria de la Universidad de Valladolid), los días 17 a 21 enero de 2000, y dirigido por la Profesora doctora doña Teodora Torres García.

do amplio se pueden realizar en el sector público: comunicaciones dentro de la Administración Pública y de ésta con los administrados; presentación de declaraciones fiscales, declaraciones-liquidaciones, autoliquidaciones o cualesquiera otros documentos exigidos por la normativa tributaria; presentación de instancias por medios electrónicos; afiliaciones, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; las operaciones en que interviene la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc. Pero también en el sector privado existen cada vez mayor número de relaciones interempresariales y de relaciones entre empresarios y consumidores, tanto a nivel nacional como internacional. Voy aquí a ceñir el fenómeno del comercio electrónico a las transacciones comerciales electrónicas (es decir de compraventa de bienes o prestación de servicios, las actividades y negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas como los pagos electrónicos) desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación (1) (correo electrónico, u otras aplicaciones de Internet, como la WWW; aunque también haré las oportunas referencias al sistema EDI o intercambio electrónico de datos en su vertiente comercial).

El fenómeno del comercio electrónico desde luego no es nuevo. Una de sus variantes más consolidadas hoy en día, que surgió en los años ochenta es la basada en la Transferencia Electrónica de Datos (conocida como EDI o *Electronic Data Interchange*). Esta viene definida por el artículo 2.2 de la Recomendación 94/820/CE de la Comisión de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos, en virtud de la cual se adopta el Modelo Europeo de Acuerdo EDI, como *la transferencia electrónica, de ordenador a ordenador, de datos comerciales o administrativos que estructuran un mensaje de EDI con arreglo a una norma acordada* (2).

(1) Así lo define MARTÍNEZ NADAL, A. «Comercio electrónico», en *Curso de Protección Jurídica de los Consumidores*, Coord. por BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M., MacGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 248.

(2) Cfr. DOCE, n.º L 338 de 28 de diciembre de 1994, págs. 0098 y ss. Esta definición es prácticamente coincidente con la del artículo 2.b) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional. Sobre el tema vid. PESO NAVARRO, E. del, «El pago mediante medios electrónicos. Análisis Jurídico», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 5, 1992; «Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos» en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información, Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 191 y ss.; MORENO NAVARRETE, M.A., *Contratos electrónicos*, Pons, Madrid, 1999, págs. 119 y ss.

El mensaje de EDI consta de una serie de segmentos, estructurados con arreglo a una norma aceptada, preparados en un formato legible por ordenador y capaz de ser procesado automáticamente y sin ambigüedades. En general, en el ámbito europeo, los mensajes de EDI se transmiten de acuerdo con las normas, recomendaciones y procedimientos UN/EDIFACT aprobados por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas,

La naturaleza jurídica de la figura es discutible, inclinándose unos autores por acercarla a la figura del mandato (3), y otros por entender que es más exacta la figura del pago por tercero, aunque éste pueda tener su origen en el mandato (4). Sea lo que fuere, lo cierto es que la vertiente comercial del EDI, consiste en la realización de transacciones comerciales con el intercambio en forma automatizada y en formato normalizado, de órdenes de compra, venta y pago realizadas entre ordenadores dentro de comunidades sectoriales, y habitualmente dentro de redes cerradas. El servicio es proporcionado por unos prestadores de tales servicios, y generalmente requieren una fase de negociación previa entre las partes, sobre todo para establecer los protocolos técnicos y los acuerdos que les van a ser aplicables, implicando casi siempre unas relaciones comerciales a largo plazo entre empresas recíprocamente conocidas y dignas de confianza con un volumen elevado de operaciones (5). Sin embargo, como en el sistema EDI el intercambio se produce de ordenador a ordenador y la importancia económica de las transacciones es enorme, funciona sobre redes cerradas, las denominadas VAN o *Value-Added Networks*. Es, por tanto, un sistema distinto al mercado abierto que ofrece Internet, cuyo menor coste permite acceder a estas ventajas a empresas que no pueden permitirse los elevados costes que implica una EDI/VAN.

Esta última matización resulta fundamental a la hora de hablar en la actualidad del comercio electrónico, ya que Internet es un *mercado abierto*, en el que, a diferencias de las VAN, las partes no tienen por qué mantener necesariamente unas relaciones más o menos estables, ni es necesario un acuerdo previo negociado entre las mismas. Por otro lado, ya se utilice para hacer alguna transacción directamente la Web o el correo electrónico, lo cierto es que las posibilidades del comercio electrónico no se limitan ya a las relaciones entre empresas (*business to business*), sino que se amplían a la de éstas con los consumidores (*business to consumers*) y a la de los particulares entre sí, lo cual plantea el problema de la aplicación de la normativa existente sobre protección de consumidores y usuarios. En cualquiera de los casos el primer problema a resolver en todo tipo de transacciones comerciales en este mercado abierto es el de la seguridad y la integridad en las comunicaciones, así como el de la privacidad y protección de los datos personales de las partes

que constan de una serie de directorios y orientaciones aceptados internacionalmente para el intercambio de datos estructurados y, muy en particular, para el intercambio relacionado con el comercio de bienes y servicios entre sistemas de información independientes e informatizados.

(3) Cf. CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M.A., RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*; Comares, Granada, 1997, pág. 35.

(4) PESO NAVARRO, «El pago...», cit., pág. 41.

(5) Cf. MARTÍNEZ NADAL, A. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Cívitas, Madrid, 1998, págs. 25 y ss.

intervinientes (6). Sobre este tema no voy a incidir directamente, a pesar de la importancia del mismo, sino que voy a centrarme en los problemas de seguridad e integridad de las comunicaciones desde la perspectiva de los contratos que se realizan electrónicamente con consumidores.

II. GARANTIAS QUE OFRECE EL REAL DECRETO-LEY 14/1999 EN CUANTO A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES ELECTRONICAS

El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de diciembre de 1999, sobre firma electrónica, adelantándose a la Directiva 1999/93/CE (7), aparte de otras cuestiones, pretende garantizar la seguridad en las comunicaciones electrónicas para la rápida difusión de lo que se ha venido a llamar la sociedad de la información. Para ello establece un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública, que está basado en la utilización de dos claves asociadas: una clave privada secreta, y una clave pública accesible a cualquier persona. Ambas claves van asociadas y se complementan, de manera que aplicando la clave privada del emisor sobre un mensaje, y verificado éste por el destinatario con la clave pública de aquél, se tiene garantía de la autenticación y de la integridad del mensaje (8).

Por otro lado, es fundamental que el certificado sea reconocido y expedido por tercero de confianza, es decir, un prestador de servicios que cumpla los requisitos del artículo 12 del Real Decreto Ley 14/1999, ya que su función principal es la de asegurar la validez de la clave pública. A nadie se le ocultan los resultados a que puede conducir cifrar un texto confidencial con una clave pública que no se corresponde con la de nuestro receptor, de manera que la

(6) Sobre este último aspecto incide la Directiva 95/46 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*D.O.*, L 281, de 23 de noviembre de 1995), la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (*D.O.*, L 24, de 30 de enero de 1998), y la reciente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la cual deben entenderse realizadas las remisiones que el Real Decreto-Ley 14/1999 realiza en varios de sus preceptos a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 15/1999. Igualmente habrá que hacer con las remisión que se hace a la LORTAD de 1992 en el artículo 39 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

(7) Cfr. Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, *DO*, L 13, de 19 de enero del 2000.

(8) Cfr. ampliamente, MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico, firma digital...*, cit., 37 y ss.;

persona a la que perteneciera la misma podría conocer el texto del mismo. Como se ha destacado, la función central del certificado es vincular un elemento de verificación de firma (una clave pública en el caso de la criptografía asimétrica) a una persona determinada, por lo que resulta fundamental la confirmación y verificación de la identidad del titular (9).

Así, pues, en la firma electrónica lo que se produce es una transformación de un mensaje utilizando un criptosistema asimétrico, de manera que una persona que reciba el mensaje firmado y que conozca la clave pública del firmante puede determinar con exactitud si la transformación mencionada se produjo mediante la utilización de la clave privada que se corresponde con la clave pública del firmante o si el mensaje firmado ha sido alterado posteriormente (10). En definitiva, el sistema establecido en el Real Decreto Ley 14/1999, cuando se trata de firma electrónica avanzada en la que ha intervenido un prestador de servicios de certificación reconocido, garantiza las siguientes cuestiones: a) Autenticación de los participantes en una transacción electrónica, asegurando que quien se comunica es quien dice ser. b) Integridad del mensaje, garantizando que éste no ha sido manipulado por un tercero. c) Confidencialidad del mensaje, de manera que se permite el acceso a la lectura sólo a aquellas personas que previamente hayan sido autorizados.

El artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 14/1999 establece expresamente que las disposiciones del mismo *no alteran las normas relativas a la celebración de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones*. Sin embargo, como vamos a ver seguidamente, afecta de un modo directo a dos aspectos fundamentales: la prueba y la forma de emisión de las declaraciones de voluntad.

1. EL PROBLEMA DE LA FORMA DE CIERTOS CONTRATOS QUE NECESARIAMENTE DEBEN CONSTAR POR ESCRITO

Una de las cuestiones que puede plantear la aplicación del Real Decreto-Ley 14/1999 es si el criterio de equivalencia funcional de los datos consig-

(9) Cfr. MARTÍNEZ NADAL, A., «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (I)», *La Ley*, n.º 4939, 1 de diciembre de 1999, pág. 3.

(10) Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R., «La firma electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre», *Derecho de los Negocios*, n.º 109, 1999, págs. 4 y ss.; y MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio, electrónico, firma electrónica y autoridades de certificación*, Cívitas, Madrid, 1998, *passim*. En cuanto a las medidas necesarias para la operatividad de los criptosistemas de claves asimétricas en el sistema EDI, cfr. ALCOVER GARAU, G., «La firma electrónica como medio de prueba (valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas)», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 13, abril, 1994, págs. 20 y ss.

nados en forma electrónica con los consignados en soporte papel que proclama el artículo 3 del mismo, puede aplicarse a aquellos contratos en que se exige como requisito para la validez de los mismos que consten de forma escrita. Como acabo de destacar el artículo 1.2 establece que las disposiciones del Real Decreto-Ley no alteran las reglas relativas a la celebración, *formalización*, validez y eficacia de los contratos (11). Literalmente, parecen quedar excluidos de utilizar el formato electrónico. Pero es preciso que analicemos cuál es la finalidad última que se persigue con estas formas especiales de documentación del contrato para interpretar si deben o no quedar excluidos del ámbito de aplicación de la nueva normativa. La cuestión no es baladí, sobre todo pensando en las consecuencias que puede tener en determinadas figuras contractuales el no cumplir con determinados requisitos de forma.

Especialmente en la normativa protectora de los consumidores y usuarios (comunitaria e interna), existe una serie de disposiciones de las que se puede deducir la existencia de un principio general: el deber de información que pesa sobre los empresarios, y correlativo derecho de los consumidores, a ser informados en la fase precontractual y en la fase posterior a la celebración del contrato. Estos deberes de información cubren múltiples aspectos, pero casi siempre van unidos a garantizar el derecho que asiste al consumidor para desligarse libre y unilateralmente de la relación contractual durante un determinado plazo. Para ello se ha intensificado el carácter formal de determinados contratos, estableciendo la obligación de que consten por escrito, e imponiendo diversas sanciones para el supuesto de que no se cubra dicho requisito formal. Como afirma GARCÍA RUBIO, de esta manera, se ha dado un paso de la información al formalismo *ad luciditatem*, destinado a asegurar la autonomía de la voluntad de la parte más débil a la hora de decidir su vinculación contractual (12).

A mi juicio, y partiendo de que en la mayoría de los casos nos encontraremos ante un supuesto de condiciones generales de la contratación, creo que debe asumirse el criterio que ha impuesto el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con

(11) A ello se refiere también el artículo 1.2 de la Directiva 1999/93/CE, advirtiendo que no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos.

(12) Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P., «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del Consumo», *Act. Civ.*, 1994-2, XVI, pág. 278 y nota 4. Vid. además, MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDÁZ, C., «Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de Obligaciones», *ADC*, 1994, págs. 82 y ss.; y ampliamente, GARCÍA VICENTE, J.R., *La Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 174 y ss.

condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En este Real Decreto se parte de la existencia de un deber de información previa de todas las cláusulas del contrato y de remitir el texto completo de las condiciones generales de la contratación, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación empleada. Una vez que se ha celebrado el contrato, el predisponente debe enviar inmediatamente al adherente, a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación *por escrito o en soporte duradero*, de la contratación efectuada donde deben constar todos los términos de la misma. Por soporte duradero, entiende el artículo 3.3 de Real Decreto cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento. Como se puede ver se recoge el principio de equivalencia funcional entre el documento escrito en soporte papel y el documento electrónico.

Desde esta perspectiva, entiendo que cabe aplicar la forma electrónica, cubriéndose con ello el requisito de la forma escrita que las diversas leyes establecen, a los contratos de seguro, de crédito al consumo, de viajes combinados, de edición, y de venta a plazo de bienes muebles con o sin financiación (13), siempre y cuando se trate de firma electrónica avanzada en la que ha intervenido un prestador de servicios de certificación reconocido, dado el principio de equivalencia funcional entre el soporte electrónico y el soporte papel (14). Los problemas prácticos que para la concertación a distancia de contratos de seguros, contratos de crédito y de otros servicios financieros, excluidos del ámbito de aplicación de los artículos 38 a 48 de la LOCM por la Disposición Adicional 1.^a de ésta, quedarán paliados en cuanto se adopte la Propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (15).

No obstante, parece que debe quedar excluido el caso previsto en la Ley 26/1991, de 29 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, porque el supuesto de hecho del que se parte es pre-

(13) Cfr. artículos 3, 5 y 83,a),2 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, del Contrato de Seguro; artículos 6 y ss. de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; artículos 3, 4 y 6 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los Viajes Combinados; artículos 60 y 61 de la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo, de 12 de abril de 1996; artículo 6 de la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazo de Bienes Muebles; y con carácter general el artículo 11 de la Ley 7/1995, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista.

(14) En contra VATTIER FUENZALIDA, C., «En torno a los contratos electrónicos», *RGLJ*, enero-febrero, 1999, pág. 83, que considera «francamente inútil» la nueva normativa desde el punto de vista de la forma exigible a cierto tipo de contratos.

(15) Cfr. COM (1999) 385 final, de 23 de julio de 1999.

cisamente que el empresario tome la iniciativa negocial y aborde al consumidor en su domicilio, lugar de trabajo, o en un medio de transporte público (art. 1) donde, obviamente, no media contratación electrónica. Además encontraríamos el obstáculo insalvable del artículo 3.1, que exige la firma *de puño y letra* del consumidor (16).

Aparte de lo anterior, no cabe duda de que quedan excluidos los negocios que necesariamente deban constar en documento público. El artículo 1.2 deja claro que las normas sobre prestación de servicios de certificación de firma electrónica, no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a Derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos. No obstante, en el futuro creo que debería modificarse la legislación notarial, regulando la posibilidad de instrumentos públicos electrónicos, en los cuales intervendría un fedatario público, que no sólo identificaría al signatario, sino también garantizaría, en cumplimiento de los deberes inherentes a su actuación, todo lo relativo a capacidad de las partes, previa información y asesoramiento para la formación de la voluntad sin vicios del consentimiento, lectura íntegra y comunicación del contenido negocial al signatario/s, calificación del título y legalidad del acto (17). De esta forma podría aprovecharse el criterio amplio que utiliza la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 12 de noviembre de 1999 en cuanto a la presentación telemática y con firma electrónica de documentos en el Registro de la Propiedad (18). En cualquier caso, me parece clara la necesidad de que la fe pública se adapte a las nuevas necesidades del mercado. De poco sirve que se reconozca con generosidad la posibilidad de contratar electrónicamente, incluso en un futuro próximo la posibilidad de concertar hipotecas y otros servicios financieros

(16) Por otro lado, como afirma GARCÍA RUBIO, «La forma en los contratos...», cit., pág. 282, la entrega del ejemplar del documento contractual principal y del documento de revocación debe ser material, con traspaso posesorio, siendo insuficiente con la puesta a disposición de los mismos.

(17) En este sentido, las enmiendas n.º 12 y 13 del GPS del Congreso, *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A, n.º 188-3, de 22 de noviembre de 1999, al Proyecto de Ley sobre firma electrónica, que se tramitaba sobre la base del Real Decreto-Ley. Aun coincidiendo con el planteamiento de dichas enmiendas, creo que lo procedente es modificar la legislación notarial, lo mismo que los documentos públicos judiciales vienen recogidos en el artículo 230 LOPJ, y los documentos públicos administrativos en el art.45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y normativa que desarrolla el mismo.

(18) Cfr. RDGRN de 12 de diciembre de 1999, resolviendo consulta sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, en relación con la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

a distancia (19), si la fe pública notarial sigue anclada en un sistema anti-cuado que, de no acomodarse a las nuevas necesidades, no hará otra cosa que ralentizar todas las posibilidades que desde una perspectiva económica ofrece la reciente regulación sobre firma electrónica.

2. LA PRUEBA MEDIANTE DOCUMENTO ELECTRÓNICO FIRMADO DIGITALMENTE

El concepto de lo que se ha venido a denominar *documento electrónico* tiene relevancia especialmente desde la perspectiva de la naturaleza probatoria del mismo. El avance tecnológico ha provocado la aparición de otras formas documentales diferentes de los escritos, lo que obliga a acomodar el concepto de documento a la realidad. Ni la jurisprudencia (20), ni el legislador han sido ajenos a esta realidad, refiriéndose al documento electrónico en varias disposiciones (21), cuyo nexo común estriba en considerar que estos

(19) Vid. LETE ACHIRICA, J., «La regulación de la venta a distancia de servicios financieros en la Comunidad Europea. ¿Una apuesta de futuro?», *La Ley*, n.º 4786, de 30 de abril de 1999, págs. 1 y ss.

(20) La STS de 19 de abril de 1991 (RJ 2813) destaca a este respecto que el concepto de documento actualmente «no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad... Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora». Asimismo la STS de 25 de marzo de 1997 (RJ 1964) señala que la prueba inequívocamente documental es la que consta «en un soporte material, que tradicionalmente era un escrito y ahora puede incluir también un vídeo, un film, un diskette u otro documento informático, cuya resultancia sea relevante y transcendente». Igualmente la STS de 3 de noviembre de 1997 (RJ 8251) pone de relieve que «el documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con transcendencia jurídica, no puede identificarse ya en exclusiva con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles».

(21) Así, en el artículo 49 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 26 del Código Penal; artículo 27 del Código de Comercio, en la redacción dada al mismo por el artículo 2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea en materia de Sociedades; artículo 30 del reglamento del Registro Mercantil; artículo 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, sobre utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado. En concreto el artículo 3.d) de este último entiende por documento la «entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que pueda ser almacenada, editada, extraída e intercambiada

documentos gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, recepción por el interesado, cumpliendo los requisitos y garantías exigidos por otras leyes, entre éstas, las procesales.

La Directiva 1999/93 es consciente de que, para que se produzca la aceptación general de los métodos de autenticación electrónica, es preciso garantizar en todos los Estados miembros la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en los procedimientos judiciales, aunque deja libertad a las legislaciones nacionales para determinar los campos jurídicos en que se puede utilizar o no la firma y documentos electrónicos, y no afecta a las normas internas en cuanto a la libertad de la valoración judicial de las pruebas. En este sentido el artículo 5.1.b) establece que los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada con un dispositivo seguro de creación de firma *sea admisible como prueba en los procedimientos judiciales*. Los plenos efectos probatorios se refieren, por tanto, sólo a la firma electrónica avanzada. El artículo 3 del Real Decreto-Ley 14/1999 se refiere a este aspecto al señalar que la firma electrónica avanzada tiene, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admitida como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. Por otra parte, se establece la presunción de que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir tales efectos probatorios cuando el certificado reconocido en que se base haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado de acuerdo con los requisitos que recoge el artículo 21.

Esto no significa que se niegue valor probatorio a la firma electrónica no avanzada, pero desde luego con una entidad mucho menor. El artículo 5.2 de la Directiva establece la necesidad de que los Estados miembros velen por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica no basada en un certificado reconocido o expedido por un proveedor no acreditado, o que no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma. El artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 14/1999 señala a estos efectos que a la firma electrónica que no reúna tales requisitos no se le negarán efectos jurídicos ni será

entre sistemas de tratamiento de información o usuarios como una unidad diferenciada». Finalmente, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, debe tenerse en cuenta el Real Decreto 1999/2101, de 23 de julio, que desarrolla el artículo 81 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, en materia de prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones de las Administraciones Públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

excluida como prueba en juicio por el mero hecho de presentarse en forma electrónica (22).

Antes de la entrada en vigor del nuevo texto de la LEC es discutible el encuadramiento del documento electrónico en alguno de los medios probatorios previstos en los artículos 1.215 CC y 578 LEC, especialmente su consideración como prueba documental, reconocimiento judicial o pericial; aunque doctrinal y jurisprudencialmente se admite sin problema el carácter de *numerus apertus* de los medios de prueba recogidos en los mismos (23). No obstante, la doctrina viene reclamando hace tiempo un reconocimiento legal del valor probatorio del documento electrónico (24).

La equiparación del documento electrónico con el documento en papel a efectos de la prueba documental ha sido defendida por figurar el electrónico en un soporte material (disquetes, circuitos, chips de memorias), contener un mensaje escrito usando un lenguaje convencional a la par que utilizando un código determinado, y poder ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma electrónica (25). Varios pronunciamientos jurisprudenciales se inclinan por esta vía de solución (26). No obstante lo anterior, la STS de 30 de noviembre de 1992, respecto de las cintas de vídeo, magnetofónicas y otros medios de reproducción hablada o representación

(22) Se acogen en este punto los mismos criterios que inspiran los artículos 5, 6, 7 y, especialmente 9, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

(23) Cfr. PICÓ Y JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*; Barcelona, 1996, págs. 176 y ss., donde destaca que ni siquiera el artículo 24.2 de la Constitución limita los medios probatorios, consagrando el principio de libertad de prueba.

(24) HEREDERO HIGUERAS, M., «Valor probatorio de los documentos electrónicos», *Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991*, Coord. DAVARA, M.A., Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), Madrid, 1992, págs. 19 y ss.; CAMINO, J.R., «El documento electrónico: su admisibilidad en derecho español», *La Ley*, 1997, págs. 1878 y ss.; DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 372 y ss.; y «El documento electrónico, informático y telemático y la firma digital», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º de julio de 1997, págs. 13 y ss.; AZOFRA VEGAS, F. «La contratación electrónica bancaria», *RDBB*, n.º 68, 1997, págs. 1095 y ss. Sobre el tema, ampliamente, SANCHÍS CRESPO, C. *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

(25) Por todos, vid. JUENA LEIVA, R.J., «Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico», *La Ley*, n.º 4586, de 17 de julio de 1998.

(26) Vid. desde distintas ópticas las SSTs de 30 de noviembre de 1981 (*RJ* 4680), 5 de febrero de 1988 (*RJ* 857), 16 de febrero de 1992 (*RJ* 169), 24 de marzo de 1994 (*RJ* 2175), y dos sentencias de 3 de noviembre de 1997 (*RJ* 8251 y 8252). La dos últimas vienen referidas a documentos de giro mercantil (letra, cheque, pagaré), considerando el TS que un soporte magnético puede producir efectos de giro siempre y cuando las características de documento permitan establecer la autenticidad, la autoría y la firma de quien asume su contenido y la efectividad de las cláusulas. Ambas Sentencias han sido estudiadas por DIAZ FRAILE, J.M., «Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea de 13 de mayo de 1998», *La Ley*, n.º 4678, de 24 de noviembre de 1999, págs. 4 y ss.

visual del pensamiento, sostiene que «en todo caso su utilización probatoria exige la necesaria y previa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previas» (27).

Desde el punto de vista probatorio resulta dudoso que la autenticidad, veracidad y fidelidad de que habla esta Sentencia se vean sustituidas por la acreditación que puede ofrecer alguno de los prestadores de servicios de certificación, porque en ningún momento la Directiva 1999/93 ni el Real Decreto-Ley 14/1999 establece las pautas a las que tienen que atenerse los tribunales para apreciar el valor probatorio del documento firmado digitalmente, ni cuándo éste se puede considerar indubitado (ni siquiera cuando se trata de firma electrónica avanzada). Lo único que se hace es una remisión a la valoración de la misma según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. Fuera de los supuestos de confesión en juicio o de reconocimiento del documento electrónico por la parte a quien haya de perjudicar, nuestra Ley rituaría consagra el principio de libre apreciación de la prueba, por lo que será el juzgador quien de acuerdo con las circunstancias de cada caso resuelva libremente sobre el valor que se puede atribuir al documento electrónico aportado a un proceso. Desde esta perspectiva, en muchos casos será preciso acudir a la vía del reconocimiento judicial o pericial. En cualquier caso, utilizando los argumentos de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (28), se puede decir que la virtualidad probatoria que el documento electrónico puede desplegar en el proceso es la misma si se admite como prueba documental o como prueba de reconocimiento judicial o pericial.

Desde luego un documento firmado digitalmente puede ofrecer mayor seguridad y seguridad que un documento consignado en papel. El problema estriba en que su admisión como prueba exige unos conocimientos técnicos que hace difícil el no acudir por parte de los tribunales a personas expertas o peritos que proporcionen los mismos. En este sentido, cuando se generalice en el tráfico la utilización de los procedimientos de signatura digital y se confíe razonablemente en su fiabilidad, los tribunales se irán familiarizando con dichas técnicas y podrán prescindir de la aportación de peritos para convencerse de la autenticidad de la firma (29). Este mismo problema se plantea con la contratación realizada mediante EDI. En este sentido el Modelo Euro-

(27) Cfr. RJ 9458.

(28) Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba mediante documento electrónico digitalmente firmado», *Act. Civ.*, 1999-1. XII, págs. 221 y ss. Vid. sobre el tratamiento del documento electrónico en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, MORENO NAVARRETE, M.A., *Contratos electrónicos*, cit., págs. 119 y ss.

(29) Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba mediante documento electrónico...», cit., págs. 231.

peo de Acuerdo EDI, elaborado en la Comisión de las Comunidades Europeas, prevé en su artículo 6 que, entre los procedimientos y medidas de seguridad que se deben aplicar, deben figurar la comprobación del origen, la comprobación de su integridad, el no repudio del origen y el destino, y la confidencialidad de los mensajes EDI, aconsejando incluso medidas más rigurosas de control en el caso de transacciones importantes (30).

Lo que parece evidente es que la denominada firma electrónica avanzada, junto con la intervención de un prestador de servicios de certificación reconocido, deben tener un tratamiento más favorable a su admisión como prueba, ya que aquélla permite la detección de cualquier modificación ulterior de los datos. El primer reconocimiento legal de la anterior afirmación aparece en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998. En dicho Real Decreto se obliga al predisponente a probar la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato, la entrega de las condiciones generales, la justificación documental de la contratación una vez efectuada, así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental, y el momento de sus respectivos envíos. Pues bien, en los casos de contratación electrónica, el artículo 5.2 en su último apartado, exige expresamente que para ello se utilice la firma electrónica avanzada, acompañando al documento electrónico una consignación de la fecha y hora de remisión y recepción (31).

El nuevo texto de LEC aprobado por Ley 1/2000, de 7 de enero, establece expresamente en su artículo 265.1, la necesidad de que a toda demanda o contestación se acompañen ciertos documentos. Entre otros, los medios e instrumentos a que se refiere el artículo 299.2, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes. En dicho artículo 299.2, se establece expresamente, dentro de los medios de prueba de que se puede

(30) Cfr. Recomendación 94/820/CE de la Comisión de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos, en virtud de la cual se adopta el Modelo Europeo de Acuerdo EDI (*DO*, L 338, de 28 de diciembre de 1994, págs. 0098 y ss.). Sobre el tema en relación con el sistema EDI, vid. las consideraciones de ALCOVER GARAU, G., «La firma electrónica...», cit., págs. 11 y ss.

(31) Igualmente, en la Instrucción de 31 de diciembre de 1999 de la DGRN, sobre legalización de libros en los Registros mercantiles a través de procedimientos telemáticos, se exige en el artículo 6 la necesidad de que las firmas de quien realiza la solicitud y las demás generadas por los libros, reúnan los requisitos de la firma electrónica avanzada con la preceptiva intervención de un prestador de servicios de certificación. A efectos de la prueba judicial de la legalización, el artículo 9 desarrolla el artículo 327 de la nueva LEC, estableciendo que el Registrador Mercantil imprimirá una copia en papel de los libros presentados y certificará, a instancia de parte interesada o por mandato judicial, que los ficheros contenidos en el soporte informático se corresponden con los libros legalizados por generar la misma firma digital, todo ello por referencia a los asientos practicados en el Libro-fichero de legalizaciones.

hacer uso en juicio, que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. La cuestión viene desarrollada en los artículos 382 y ss., conforme a los cuales las partes pueden proponer tales instrumentos como medio de prueba, acompañando en su caso una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate, y aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes. Tales instrumentos deben ser examinados por el Tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el Tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el Tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. En cualquier caso, se establece que los Tribunales valorarán dichos instrumentos según las reglas de la sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza. Se pone de relieve, por ello, que no existe una equiparación total a efectos procesales entre el documento consignado en papel y el documento electrónico, tal como he puesto de relieve con anterioridad (32).

III. LA CONTRATACION ELECTRONICA

Ya he destacado que el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 14/1999 establece expresamente que las disposiciones del mismo *no alteran las normas relativas a la celebración de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones*. Resulta llamativo que una norma que consagra y reconoce jurídicamente el comercio electrónico, no regule algunos aspectos de éste que se ven directamente afectados por la forma utilizada en la contratación. A pesar de ello, no hay duda de que la norma incide directamente, como hemos visto, en dos aspectos: en la prueba y en la forma de emisión de las declaraciones de voluntad. Además, el artículo 14 del Real Decreto Ley 14/1999 afecta directamente a la normativa sobre responsabilidad contractual o extracontractual de los prestadores de servicios de certificación.

(32) Los documentos electrónicos se recogen también en los artículos 812 y ss. a la hora de acudir el procedimiento monitorio, ya que la deuda reclamada se puede acreditar «mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquiera otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor (artículo 812.1.1.º).

Vid. asimismo el artículo 135.5, en cuanto a la presentación de escritos a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales; el artículo 146.3 por lo que se refiere a la documentación y archivo de las actuaciones; y el artículo 162 en cuanto a los actos de comunicación por jueces y tribunales por medios electrónicos, informáticos y similares.

Todo ello obliga a reinterpretar los textos vigentes, en especial el Código Civil y el Código de Comercio, en atención a la nueva forma de contratación establecida, teniendo muy en cuenta la normativa existente sobre protección de los consumidores y usuarios. Desde esta óptica son muy diferentes las relaciones jurídico-privadas de los empresarios entre sí (*business to business*) y las que ligán a éstos con los consumidores y usuarios (*business to consumers*), mucho más problemáticas. Por otro lado, entendiendo como comercio electrónico las transacciones comerciales electrónicas (compraventa de bienes y prestación de servicios), así como las actividades y negociaciones previas y ulteriores a las mismas, es preciso distinguir el comercio electrónico directo del indirecto.

En el *comercio electrónico indirecto* solamente la oferta y la aceptación se producen de manera electrónica, mientras que los bienes o servicios se entregan por los canales ordinarios. Esta vía puede ofrecer inicialmente mucha mayor confianza a los consumidores y usuarios, por ejemplo realizando el pago contra reembolso, pero limita enormemente las posibilidades del nuevo sistema implantado. En el *comercio electrónico directo*, por el contrario, se produce en línea tanto la oferta y aceptación, como la entrega de bienes o servicios intangibles y el pago de los mismos. Esta modalidad puede referirse a servicios de información, ocio, enciclopedias en línea, actualizaciones y consultas de bases de datos, revistas electrónicas, programas informáticos, etc., y en ella es habitual que el cliente obtenga una licencia de uso temporal o una versión limitada que, tras efectuar el pago, va a ser plenamente operativa (33). A su vez, desde la perspectiva de la recepción del bien o servicio por el contratante, el comercio electrónico directo admite dos modalidades, dependiendo de que éste pueda efectuar directamente la descarga (*download*) del bien o servicio, o de que el proveedor se lo remita directamente por vía electrónica (v.gr. a través de correo electrónico). La generalización de este sistema depende de la confianza en la seguridad del mismo, especialmente entre personas desconocidas y geográficamente distantes.

La distinción entre comercio electrónico directo e indirecto no es meramente académica, sino que puede tener importantes repercusiones prácticas en cuanto a la necesidad de dar un tratamiento diferenciado a uno y otros supuestos. En este sentido, los servicios ya prestados (a diferencia de las cosas adquiridas), difícilmente pueden ser objeto de restitución en caso de desistimiento. Igualmente, las mayores particularidades van a aparecer en los contratos de prestación de servicios en línea, donde es habitual conceder licencias de uso temporal o versiones limitadas de determinados programas, que van a ser plenamente operativos, una vez efectuado el pago, lo cual no parece co-

(33) Cfr. RIBAS ALEJANDRO, J. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 17 y ss

honestarse con la prohibición de realizar pagos anticipados que impera en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Por otra parte, desde la perspectiva tributaria, los problemas que se plantean en el caso de bienes y servicios que se suministran por los canales ordinarios, son muy distintos de aquellos otros que circulan por la red y se adquieren a través de la misma, generalmente sometidos a propiedad intelectual. Por lo que se refiere a la imposición directa, la venta de bienes materiales adquiridos a través de Internet, no plantea especiales problemas de calificación de las rentas cuando el suministro se realiza *off-line*, aplicándose a las rentas obtenidas la normativa general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, según los casos. Pero cuando se adquieren (generalmente en línea) derechos derivados de la propiedad intelectual, estamos ante pagos por el uso o la concesión del uso de un derecho, es decir ante lo que se denomina «cánones» en los Convenios para evitar la doble imposición (34). Problemas similares se plantean en la imposición indirecta. Cuando se contrata electrónicamente, pero los bienes se entregan y se transportan por los medios tradicionales, el IVA se aplicará en una de las siguientes modalidades: operaciones interiores (adquisición de bienes), adquisiciones intracomunitarias, régimen de ventas a distancia, o importaciones. Sin embargo, cuando estamos ante operaciones comerciales sobre bienes y derechos de alguna manera relacionados con la propiedad intelectual, que circulan por la red, el régimen es distinto dependiendo de que los califiquemos como *compraventa* de productos o como *cesiones de uso*. A efectos del IVA, en el primer caso estamos ante «adquisiciones de bienes», y en el segundo ante «prestaciones de servicios». Como el lugar de realización del hecho imponible es distinto en cada una de éstas modalidades, según cuál sea la calificación que se adopte, podrán o no someterse al IVA español (35).

1. MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Si el consentimiento contractual se forma mediante el concurso entre dos declaraciones de voluntad (oferta y aceptación), según destaca el artículo 1262 CC, resulta evidente que estas declaraciones de voluntad tienen que coincidir en un determinado momento para que pueda existir el contrato. En este sentido los contratos de formación instantánea no plantean problemas,

(34) Cfr. OLIVER CUELLO, R., *Tributación del Comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 39 y ss., y «El comercio electrónico: perspectiva tributaria», *Actualidad Informática Aranzadi*, n 33, 1999, págs. 1 y ss.

(35) Cfr. OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 71 y ss. En cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, vid. págs. 83 y ss.

pero sí aquellos de formación sucesiva, como ocurrirá en la mayor parte de los casos en la contratación electrónica. Las razones de aplicar a este supuesto las reglas sobre contratación entre personas ausentes, no es tanto la distancia geográfica que separa a los contratantes, sino el hecho de que no haya inmediatez en el intercambio de declaraciones de voluntad (36).

No obstante, se ha señalado que la distinción entre contratos de formación instantánea y formación sucesiva no se debe basar en que exista o no un intervalo entre las declaraciones de voluntad, sino en el intervalo que puede existir entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente (37). Esta postura, se ajusta más al tenor literal del apartado 2.º del artículo 1262 CC, pero como se ha destacado, tal interpretación sólo toma en consideración el lapso de tiempo que hay entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el destinatario, y deja fuera los problemas que pueden aparecer cuando dicho intervalo se produzca entre oferta y aceptación (38).

Sobre la base de la práctica inmediatez de los sistemas informáticos en cuanto a la emisión de las declaraciones de voluntad, se ha defendido que la contratación por medios electrónicos no es un supuesto de contratación entre ausentes, sino de contratación entre presentes (39). La cuestión me parece dudosa. Es cierto que la aceptación va a llegar a su destino casi al mismo tiempo en que se ha realizado, teniendo en cuenta la velocidad de transmisión entre ordenadores. Pero para ello es preciso o bien que los ordenadores del oferente y aceptante estén conectados entre sí, o bien que exista una conexión permanente al proveedor de Internet, de manera que los mensajes que se envíen por medios electrónicos se descarguen inmediatamente en el ordena-

(36) GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, XVII, vol. 1.ºB), Edersa, Madrid, 1993, págs. 133.

(37) Cfr. ROGEL VIDE, C.; «Momento y lugar de perfección del contrato», *La Ley*, 1982-4, pág. 1256; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos y el Código civil», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pág. 400, nota 10.

(38) En este sentido, GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVII, vol. 1.ºB), págs. 133-134, quien pone el ejemplo de la oferta emitida por carta en la que, una vez conocida por el aceptante, éste va a presencia del destinatario a emitir su aceptación, pero en dicho intervalo el oferente ha revocado la oferta.

La cuestión difícilmente se podrá plantear en la contratación electrónica, pero sirve para poner de manifiesto que los problemas de contratación sucesiva se plantean en cuanto a ambas declaraciones de voluntad, como tendremos ocasión de analizar más adelante cuando tratemos el criterio que pretende establecer en cuanto al acuse de recibo la Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior de 17 de agosto de 1999.

(39) CARRASCOSA-POZO-RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática...*, cit., pág. 31.

dor correspondiente, o bien que la contratación se realice directamente a través de una página *Web*.

En la práctica, sin embargo, puede ocurrir que no exista una conexión permanente al proveedor de Internet, de manera que mientras no se realice una conexión al mismo los mensajes permanezcan en el buzón del usuario, que sólo conocerá su contenido cuando los descargue en su ordenador. El momento de perfección del contrato electrónico es una de las cuestiones más debatidas y genera gran inseguridad sobre todo para el consumidor, ya que puede dudar si es el momento del envío de la aceptación o el de la recepción de la misma. Tampoco está claro lo que significa la acción de hacer *clic* en el icono de «Aceptar», que puede tener un significado diferente para cada Estado miembro (aceptación de una oferta del prestador del servicio u oferta de contrato del cliente). Una parte puede considerar que el contrato ya se ha celebrado, y la otra, de acuerdo con su legislación, entender que aún no está vinculada por dicho contrato. Aquí lo importante no es la celeridad, sino la seguridad.

En ningún caso puede admitirse que el contrato se perfeccione en momentos distintos para el aceptante y para el proponente. Se plantean entonces los problemas típicos de contratación entre ausentes (40). Como es conocido, en nuestro país no existe una teoría unitaria aplicable a la totalidad de los contratos. El legislador ha optado por establecer dos teorías diferentes según la calificación civil o mercantil del contrato. El artículo 1.262 del CC sigue la teoría del conocimiento de la aceptación por parte del oferente, corregida doctrinal y jurisprudencialmente por la teoría de la recepción, es decir, el contrato se perfecciona, como vimos desde el momento de la llegada de la aceptación al ámbito de acción o círculo de intereses de aquél, sin que sea necesario su conocimiento. El artículo 54 del C. de Com., por el contrario, sigue la teoría del momento de la emisión de la aceptación, entendida por algunos autores como teoría de la expedición, es decir como momento en que el aceptante se desprende de su declaración de voluntad dirigida al oferente (41). Parte de la doctrina mercantilista critica las soluciones del CC y

(40) Doctrinalmente se suelen señalar cuatro criterios para determinar el momento de perfección del contrato: A) *Teoría de la emisión*, de acuerdo con la cual el contrato se perfecciona desde que el destinatario de la oferta emite su declaración de voluntad aceptando. B) *Teoría de la expedición*, que exige no sólo la aceptación, sino que el aceptante se desprenda de su declaración de voluntad dirigiéndosela al oferente para que el contrato se considere perfeccionado. C) *Teoría de la cognición*, que sitúa el momento de perfección del contrato en el momento en el que el oferente conoce la declaración de voluntad del aceptante. D) *Teoría de la recepción*, que toma en consideración el momento en que el oferente puede razonablemente conocer la aceptación, es decir, el de la llegada de la aceptación al ámbito de acción o círculo de intereses de aquél, sin que sea necesario su conocimiento.

(41) Cfr., por todos, MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 247 y ss.

del C. de Com. por estar ambas asociadas a un hecho psicológico, y considera que sería más correcto referirse al momento y lugar de recepción de la aceptación (aunque no la conozca el oferente) (42).

Seguir en el caso de la contratación electrónica la teoría de la cognición pura del artículo 1.262 CC puede conducir a resultados no deseados, por lo que parece más lógico entender que el contrato se perfecciona en el momento que la aceptación llega al buzón del oferente, sin necesidad de que éste tenga un conocimiento expreso de la misma (43). Para defender esta postura se pueden utilizar los criterios que plantea el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. También los artículos 18.2 y 23 y 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, se inclina por la teoría de la recepción (44). Igualmente los artículos 1.9 y 2.6 de lo Principios UNIDROIT señalan que la aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación del asentimiento llega al oferente (45). Finalmente, para los sistemas basados en EDI, el artículo 3.3 del Modelo Europeo de Acuerdo EDI, elaborado en la Comisión de las Comunidades Europeas, establece que los contratos celebrados por esta vía se consideran celebrados en el lugar y momento en que el mensaje EDI que contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente.

En la Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior de 17 de agosto de 1999 (46), el artículo 11 establece que 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». Ello supone una

(42) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., págs. 421 y ss.

(43) Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., «Informática y teoría del contrato», en *Encuentros sobre Informática y Derecho*, 1996-1997, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 271; VATTIER FUENZALIDA, «En torno a los contratos electrónicos», cit., págs. 84 y ss.

(44) Cfr. PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; págs. 220 y ss.; y Díez-PICAZO, en VV.AA., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (coord. por Díez-PICAZO), Cívitas, Madrid, 1998, págs. 180 y ss.

(45) Sobre el tema, en relación con las soluciones que ofrece el Derecho español, cfr. PERALES VISCASILLAS, P. «Comentario al Capítulo 2 (Formación) de los Principios de UNIDROIT», en VV.AA., *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 117 y ss; y PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., «Comentario al Capítulo 1 (Disposiciones Generales) de los Principios de UNIDROIT», en VV.AA., *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, cit., págs. 87 y ss.

(46) Cfr. COM (1999) 427 final, de 17 de agosto de 1999. Este texto presenta importantes modificaciones respecto de la primera Propuesta de Directiva, COO (1998), 586 final, de 18 de noviembre de 1998.

importante novedad que, de llegar a aprobarse como tal Directiva, obligará a una reforma de nuestra legislación nacional. La única excepción en la que cabe acuerdo en contrario sobre el momento de celebración del contrato, es el caso en que éste se realice entre profesionales.

De este precepto se desprende que, una vez emitida la aceptación y recibida ésta por el oferente, para que se entienda celebrado el contrato se precisa que el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación. No hace falta ahora, como en la propuesta inicial de Directiva que el destinatario del servicio confirme a su vez la recepción del acuse de recibo. Se ha mantenido que ello supone dejar en manos del aceptante la existencia del contrato, pues, si le interesara, podría en un momento dado negar el haber recibido el acuse de recibo (47). No creo que esta postura pueda mantenerse. Lo contrario supondría la necesidad de un nuevo acuse de recibo de confirmación por parte del oferente, y así sucesivamente. Precisamente, una de las garantías que debe ofrecer una firma electrónica avanzada en la que ha intervenido un prestador de servicios de certificación reconocido, es precisamente el no-repudio, es decir, que el mensaje una vez recibido no puede ser rechazado.

Por otro lado, la Propuesta de Directiva considera que el acuse de recibo ha sido recibido *cuando el destinatario del servicio pueda tener acceso a él*. Por tanto, entre las teorías de la emisión, expedición, recepción y conocimiento, el legislador comunitario se inclina por la teoría de la *recepción* (aunque en este caso se trate de recepción del acuse de recibo por parte del aceptante). Ello, sin embargo, puede plantear problemas en el caso del comercio directo, en el que el pedido, el pago y la entrega se hacen en línea. No obstante, como reconoce el Considerando 13 de la Propuesta modificada de Directiva, en estos casos es posible considerar que la aceptación puede consistir en realizar un pago en línea y que el acuse de recibo expedido por un prestador de servicio puede consistir en suministrar en línea un servicio pagado.

Por lo que se refiere al plazo para mandar el acuse de recibo, el artículo 11.b) de la Propuesta modificada de Directiva establece que el prestador de servicios deberá *enviarlo lo antes posible*, lo cual genera bastante incertidumbre al aceptante, ya que no se concreta en qué momento puede considerar no realizado el contrato, o hasta qué momento puede razonablemente dar por supuesto que se ha producido un problema en la transmisión. Acaso pudieran utilizarse los mismos principios que, para la aceptación tardía por retraso no imputable al aceptante, inspiran el artículo 21 de la Convención de Viena de

(47) Cfr. MARTÍNEZ NADAL, «Comercio electrónico», cit., pág. 268. Para el sistema EDI mantiene una postura similar ALCOVER GARAU, «La firma electrónica...», cit., págs. 24 y ss

1980 (48). En este sentido podría entenderse que si es reconocible por el aceptante que el acuse de recibo del prestador de servicios fue enviado en tales circunstancias que, si su transmisión hubiera sido normal, hubiera llegado al aceptante en el plazo previsto, el acuse de recibo, a pesar de ser tardío, tendría los efectos de perfeccionar el contrato, salvo que de inmediato y sin demora, el aceptante formulara un rechazo u oposición.

Realmente el oferente es el primer interesado en que el contrato se considere perfeccionado cuanto antes. Pero, además técnicamente, es posible que el sistema se programe para que ciertos mensajes de pedido sean comprobados automáticamente y del mismo modo se remita la confirmación de su recepción. En realidad el sistema que se pretende implantar está inspirado en el EDI, donde la cuestión relativa al acuse de recibo, cuando así se ha establecido por las partes, está ampliamente tratada en el artículo 5 del Modelo Europeo de Acuerdo EDI, cuyo Anexo II prevé el establecimiento de estos sistemas automatizados. El plazo para remitir el acuse de recibo se concreta aquí, salvo que otra cosa se especifique, a un día laborable, lo que supone mayor seguridad para el aceptante, ya que, de acuerdo con el artículo 5.4, éste puede, previa notificación al oferente, considerar no válido el mensaje EDI desde el momento en que expire dicho plazo o iniciar un procedimiento alternativo de recuperación, según se especifica en el Anexo Técnico para garantizar la recepción efectiva del acuse de recibo.

2. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

La cuestión relativa al lugar de celebración del contrato electrónico tiene una enorme importancia. Por un lado, porque para resolver las cuestiones que se susciten sobre la conformidad o disconformidad con lo establecido en el acuerdo de voluntades, es preciso determinar cuál va a ser la ley aplicable. Y por otro, porque puede ser necesario en el Derecho interno determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales que pueden entender de la cuestión, por razón del lugar de celebración del contrato. En la contratación informática será frecuente que las partes se sometan expresamente a una legislación y jurisdicción determinada, o que acudan a la institución del arbitraje. No obstante, como veremos seguidamente la nueva LEC incide directamente en la materia, aunque permite la sumisión expresa de las partes siempre que

(48) Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC*, 1993, pág. 1716, y *La compraventa internacional...*, cit., págs. 196 y ss.; PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., págs. 610 y ss., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L., «El contrato de compraventa internacional de mercaderías», en *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 232 y ss.

se haga a tribunales con competencia objetiva para conocer el asunto de que se trate.

El problema de la determinación del lugar de celebración del contrato tiene importancia en los casos en que la ley aplicable a las obligaciones de las partes dependa del lugar en que se considere celebrado el contrato, como ocurre con el artículo 10.5 del CC. Este apartado permanece en el CC con carácter residual ya que, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, en España, como en los demás países de la UE, hay que atenerse al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 18 de junio de 1980 (49). No obstante, entiendo que es aplicable a los conflictos interregionales que se puedan plantear por remisión del artículo 16.1 CC (50). Ello puede tener importancia dentro del comercio electrónico celebrado dentro del espacio común de vigencia del Derecho español, donde coexisten distintas legislaciones civiles y algunas especialidades autonómicas en materia de protección a consumidores y usuarios (51).

En cuanto al lugar de celebración del contrato, nuestro CC en su artículo 1262 dispone que los contratos se presumen celebrados en el *lugar en que se hizo la oferta*. Así pues, independientemente del criterio que se siga en cuanto al momento en que se produce el acuerdo de voluntades, una vez perfeccionado el contrato, éste se presume celebrado en el lugar donde se realizó la oferta. El precepto es aplicable al comercio electrónico en tanto en cuanto se refiere a los supuestos de aceptación hecha por carta, entre los que deben incluirse por analogía todos los celebrados por personas situadas geográficamente en lugares distintos, ya que es aquí donde se va a plantear el problema de determinar el lugar de celebración del contrato. En materia de contratación electrónica, es posible que los contratantes residan en el mismo lugar, pero en este supuesto sólo se plantean problemas en cuanto al momento en que se debe considerar celebrado el contrato, no en lo relativo al lugar.

(49) En el caso de España, en su modalidad de Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 (BOE 19 de julio de 1993). El Convenio de Roma sustituye, pues lo establecido en los artículos 10.5, 10.6 y 11.1 CC en las materias que le son propias, y en el caso del artículo 11.1 sólo en lo referente a los contratos.

(50) La cuestión no es pacífica en la doctrina, ya que también podría entenderse que la remisión se hace a los mismos principios que inspiran los conflictos internacionales, con lo que sería aplicable el Convenio de Roma, lo cual provocaría diversas fricciones en el ámbito interregional. Cfr. por todos, VIRGÓS SORIANO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, 1-2°, Edersa, Madrid, 1995, págs. 627 y ss.

(51) Igualmente pueden plantearse problemas de localización de las actividades comerciales en materia tributaria, ya que debe tenerse en cuenta el diferente régimen del País Vasco y Navarra, y la problemática que se puede suscitar en cuanto al régimen de cesión de tributos a las Comunidades Autónomas. Cfr., ampliamente, OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 23 y ss., 48 y ss., y 77 y ss.

El problema de interpretación que plantea el precepto del Código Civil es el de establecer si la solución que se da sobre el momento de perfección del contrato está directamente ligada a la del lugar de celebración, o si, por el contrario se trata de cuestiones diferentes. Los autores que defienden que momento y lugar de celebración son materias relacionadas entre sí y sometidas por el legislador al mismo criterio, entienden que el lugar de celebración del contrato depende necesariamente del momento en que se considera perfeccionado el contrato. Así en los sistemas regidos por las teorías de la emisión o expedición, el lugar de perfeccionamiento del contrato es aquél en que se ha realizado la aceptación, mientras que si se siguen las teorías del conocimiento o de la recepción el lugar es aquél en que recibe la aceptación el oferente o en el que hizo la oferta (52). La solución, por tanto, es diferente dependiendo de que el contrato sea civil o mercantil.

Otros autores, por el contrario, partiendo del carácter dispositivo del apartado 2º del artículo 1262 CC, entienden que no tiene por qué darse una coincidencia entre el criterio adoptado para el momento de perfección del contrato y el seguido para determinar el lugar en que éste se considera celebrado, de tal manera que la autonomía privada permite fijar un lugar de celebración, haciendo abstracción del momento de perfección del contrato (53). Lo cierto es que, si nada establecen las partes, en la contratación electrónica el contrato se presume celebrado donde se hizo la oferta. Lo mismo ocurrirá si el contrato es mercantil, pues al no ofrecer el Código de Comercio ninguna solución específica a este problema se aplica la regla del CC, por la remisión que a éste hace el artículo 50 del C. de Com. (54).

Acaso sea más acertada esta última interpretación, aunque la solución adoptada por el legislador me parece criticable. Desde la perspectiva de los

(52) Cfr. ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A., «Problemas de la contratación entre personas distantes», *ADC*, 1958, pág. 175, y 170 y ss.; ROGEL VIDE, «Momento y lugar...», cit., págs. 1263 y ss. Este último considera que la regla del apág. 2º del artículo 1262 es excepcional, de modo que los contratos celebrados entre presentes se perfeccionan cuando se emite la declaración de voluntad aceptando. En este caso, pues, lo mismo que en el del artículo 54 C. de Com., el lugar de perfección del contrato sería aquél en que se hizo la aceptación.

(53) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sobre la perfección...», cit., págs. 418 y ss.; GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVII, vol. 1º.B), págs. 141 y ss.

(54) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sobre la perfección...», cit., págs. 419, nota 68. A pesar de partir de postulados diferentes, el mismo criterio sostienen ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ «Problemas de la contratación...», cit. pág. 176, aunque consideran que la solución del Código de Comercio es ilógica por seguir la teoría de la emisión, ya que estos autores defienden, como vimos, que momento y lugar de celebración son materias relacionadas entre sí.

En contra, siguiendo fielmente los principios de los que parte, ROGEL VIDE, «Momento y lugar...», cit., págs. 1263 y 1269, considera que los contratos mercantiles se consideran celebrados en el lugar donde se emitió la aceptación.

consumidores y usuarios el criterio adecuado debería ser el de considerar como lugar de perfección del contrato el del domicilio del consumidor, sobre todo teniendo en cuenta que el lugar de celebración del contrato en el derecho interno puede ser determinante para establecer la competencia de los Tribunales encargados de resolver los litigios que se planteen (55).

En la contratación electrónica, pues, todo va a depender de dónde se encuentre ubicado el ordenador oferente, aunque es previsible que las grandes empresas centralicen sus operaciones en un único lugar, independientemente del número de sucursales que tengan. Ello puede plantear problemas cuando se contrata con una sucursal, dado que es dudoso si el lugar a tener en cuenta es aquel donde radique la sucursal, aunque esté subordinada económicamente al establecimiento principal, o si es el lugar donde se encuentra la sede principal o donde está ubicada la central informática, considerando las sucursales como meros enlaces informáticos. Como se ha señalado, la solución más lógica es considerar que el contrato se ha celebrado en el lugar donde está la sede social, entendiendo que en las empresas informatizadas las sucursales se ven reducidas a simples cauces de información (56).

Sin embargo, siempre podemos encontrarnos con el problema de ubicar espacialmente una página *Web*, dado que los nombres de dominio que poseen los proveedores de Internet, no se corresponden necesariamente con una ubicación física conocida. El problema también aparece mirando la cuestión desde la perspectiva de la otra parte contratante, es decir, el adquirente de bienes y servicios, ya que puede realizar la operación desde cualquier ordenador conectado a la red.

3. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES

Cuando el contrato electrónico tiene carácter internacional, la perspectiva es diferente. Aparte de los numerosos problemas que el comercio electrónico internacional plantea desde la óptica tributaria (57), desde el punto de vista jurídico privado hay que atenerse al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable por los jueces de los Estados miembros de la UE para determinar la ley material aplicable a los contratos internacionales, con indepen-

(55) En cualquier caso, como veremos, la nueva LEC abandona el criterio del artículo 62.1 de la LEC de 1881, ya que no se refiere a los juicios en que se ejerciten acciones personales.

(56) Cfr. CARRASCOSA-POZO-RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática...*, cit. págs. 29 y ss.

(57) Cfr. OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 26 y ss.; y AGULLÓ AGÜERO, A. «El marco internacional de la fiscalidad del comercio electrónico», *Actualidad Informática Aranzadi*, n 33, 1999, págs. 1 y ss.

dencia del domicilio o residencia de las partes, de su nacionalidad y de que dicha ley sea la de un Estado no miembro de la UE.

En el caso de los contratos internacionales celebrados por consumidores, el artículo 5 establece con carácter principal que el contrato estará sometido a la ley elegida por las partes, siempre que esa elección no vulnere las disposiciones imperativas del Estado de la residencia habitual del consumidor (58) y que se trate de alguno de los supuestos que taxativamente enumera el apartado 2.º de dicho precepto. Subsidiariamente, a falta de elección de las partes, los contratos a que se refiere el artículo 4 estarán sometido a la ley del Estado de la residencia habitual del consumidor. Así, en caso de un contrato electrónico celebrado por una empresa alemana con un consumidor con residencia en España, la ley material aplicable, a falta de elección por las partes del Derecho aplicable, será la ley española. De acuerdo con el artículo 10 del Convenio, dicha ley regirá todo lo relativo a la interpretación del contrato, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones (incluida la valoración del daño), los diversos modos de extinción de las obligaciones, la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo y las consecuencias de la nulidad del contrato. Por otro lado, en cuanto a las modalidades de cumplimiento y a las medidas que debe tomar el acreedor en caso de cumplimiento defectuoso, se tiene en cuenta la ley material del país donde tenga lugar el cumplimiento.

Del mismo modo, si el contrato electrónico es celebrado entre un consumidor con residencia en Francia y un empresario establecido en España, el juez español debe aplicar la ley material francesa. Igualmente, teniendo en cuenta el carácter universal del Convenio de Roma que expresamente recoge su artículo 2, conforme al cual la ley designada por dicho Convenio *se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante*, si el contrato electrónico se celebra entre un consumidor con residencia en EE.UU. y un empresario con establecimiento en España, el juez español aplicará, a falta de elección de las partes, la ley material estadounidense.

No obstante, es necesario destacar que el artículo 5 del Convenio de Roma sólo protege a los consumidores pasivos, es decir, captados en su mercado doméstico por un empresario extranjero, como ocurrirá en los casos en que el empresario se dirija al consumidor por correo electrónico o en aquellos en que la *web* del empresario ofrezca directamente al público sus productos o servicios y permita al consumidor manifestar su consentimiento contractual. El consumidor activo, que se dirige o actúa en un mercado extranjero para ad-

(58) La Disposición Adicional 1.ª, III, 28 de la LGDCU, establece, con carácter imperativo, como abusiva la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

quirir bienes y servicios no puede esperar que le proteja su ley nacional, de modo que habrá que aplicar las reglas de conflicto de los artículos 3 y 4 que, a falta de elección, acuden al criterio de la ley del país del vendedor o suministrador (59).

Lo que no son deseables son los problemas de *interacción* entre las normas de conflicto contenidas en las Directivas comunitarias y el Convenio de Roma. Cuando se celebra un contrato electrónico, como veremos seguidamente, son aplicables las disposiciones sobre contratación a distancia. El artículo 12.2 de la Directiva 97/7/CE sobre protección de consumidores en materia de contratos a distancia (60), establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros». La prioridad del Derecho comunitario sobre el Convenio de Roma se reconoce expresamente en el artículo 20 de este último, pero parece suficiente la protección que a los consumidores otorga el artículo 5. No es deseable que se dicten normas específicas de protección a los consumidores en cuanto a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, porque la existencia de dos sistemas conflictuales con distinto ámbito de aplicación puede provocar problemas de interacción entre las normas de conflicto contenidas en las Directivas comunitarias y el Convenio de Roma (61).

(59) Sobre esta distinción entre consumidores activos y pasivos, cfr. VIRGÓS SORIA-NO, *Comentario...*, cit. 1, 2º, págs. 671 y ss. Vid. además, MARÍN LÓPEZ, A. «La protección de la parte débil en la contratación internacional», *Act. Civ.*, 1999-2, XXX, pp. 499 y ss.

(60) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de consumidores en materia de contratos a distancia, *DO*, L 144, de 4 de junio de 1997, págs. 19 y ss.

(61) En todo caso, este parece ser el rumbo que ha adoptado el legislador comunitario. Así, se desprende de lo previsto, entre otros, en el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores (*DO*, L 95, de 21 de abril de 1993); artículo 9 de la Directiva 1994/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, sobre derecho de utilización de inmuebles por tiempo compartido (*DO*, L 280, de 29 de octubre de 1994; artículo 7.2 de 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 (*DO*, L 171, de 7 de julio de 1999). También se recoge el mismo criterio en el artículo 11.3 de la Propuesta modificada de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros de 23 de julio de 1999 (COM 1999, 385 final, pág. 27).

Sobre estos problemas de interacción, cfr. LAGARDE, P. «Les limites objectives de la Convention de Rome (Conflits de lois, primauté du Droit Communautaire, rapports avec les autres Conventions)», *RDIPP*, 1993, págs. 37 y ss.; JAYME, E., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le Droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, pp. 17 y ss.

4. REGLAS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL

En cuanto a los tribunales competentes para atender de los litigios que se susciten entre proveedores y consumidores, el nuevo texto de la LEC incorpora al respecto algunas novedades. Los artículos 50 y 51, regulan una serie de disposiciones comunes sobre el fuero general de las personas físicas, incluidos los empresarios y profesionales, y de las personas jurídicas, que son normas dispositivas a tenor de lo que establecen los artículos 54 y 55. No obstante, el artículo 54.2 establece que no será válida la cláusula de sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. Ello está en consonancia con lo previsto en la Disposición Adicional 1.ª, III, 27 de la LGDCU, que lo considera como cláusula abusiva.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 54.1 establece el carácter imperativo de lo previsto en el artículo 52.2, conforme al cual, en lo litigios en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de una oferta pública, será competente el tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta respectivamente (62).

Desde la perspectiva del comercio electrónico internacional, el artículo 36.1 de la nueva LEC determina que la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la LOPJ y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte (63). En este sentido, debe tenerse en cuenta el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia

(62) Para el contrato de seguro reitera el mismo criterio el artículo 24 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro. El nuevo precepto de la LEC, coincide básicamente con el artículo 22.4.º LOPJ.

(63) El artículo 21.1 LOPJ establece que los Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, con arreglo a los establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

En cuanto al ámbito territorial de las normas procesales civiles españolas, el artículo 3 de la nueva LEC establece que los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se regirán únicamente por éstas, salvo lo que puedan prever los Tratados y Convenios Internacionales. Debe tenerse en cuenta además lo previsto en el artículo 66 sobre recursos en materia de competencia internacional, así como otros aspectos que se contemplan en los arts 177, 323, 523, Disposición Derogatoria Única, 1-3.ª (que mantiene la vigencia de los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881, sobre eficacia de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, cuyo futuro prevé la Disposición Final Vigésima de la nueva LEC).

civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (64), aplicable a los Estados miembros de la UE para determinar la competencia judicial internacional de sus Tribunales, siempre que el demandado (consumidor o empresario) tenga su domicilio en el territorio de un Estado miembro de la UE.

Los artículos 13 a 15 regulan las cuestiones de competencia en materia de contratos celebrados por consumidores. Si el consumidor o usuario es el demandante, podrá interponer su demanda, o bien ante los Tribunales del Estado contratante de su propio domicilio, o ante los Tribunales del Estado contratante donde tuviera su domicilio el empresario demandado. Por el contrario, si el demandante es el empresario, únicamente podrá plantear la demanda ante los Tribunales del estado contratante del domicilio del consumidor demandado. De esta manera, si el consumidor está domiciliado en España, y el empresario en otro Estado contratante, aquél podrá dirigir su demanda ante los Tribunales españoles o ante los Tribunales del Estado donde tenga su domicilio el empresario, mientras que para las demandas que éste interponga contra el consumidor, sólo serán competentes los Tribunales españoles.

No obstante el artículo 15 del Convenio de Bruselas permite la celebración de pactos de atribución de jurisdicción entre las partes, siempre que se trate de pactos o acuerdos que, o bien sean posteriores al nacimiento del litigio, o que permitan al consumidor formular demandas ante Tribunales distintos a los indicados en los artículos 13 y 14, o que habiéndose celebrado entre un consumidor y un empresario domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado contratante en el momento de celebración del contrato, atribuyeren competencia a los Tribunales de dicho Estado, salvo que la Ley de éste prohíba tales acuerdos. Además de ello, si el empresario que contrata con el consumidor no está domiciliado en un Estado contratante, aquél podrá plantear la demanda ante los Tribunales españoles; pero si el empresario posee una agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento en un Estado contratante, lo podrá demandar ante los Tribunales de este último, pues se considera que para todos los litigios relativos a su explotación, está domiciliado en dicho Estado. En ningún caso el Convenio de Bruselas determina la competencia de los Tribunales de un Estado no contratante.

Finalmente en materia de contratación electrónica internacional puede ser aplicable también el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. Este Convenio, ratificado por España, donde entró en vigor el 1 de noviembre de 1994, está celebrado entre los

(64) He utilizado la versión codificada del Convenio publicada en el *DOCE*, C 27, de 26 de enero de 1998, que integra en un solo texto las modificaciones a la versión inicial del Convenio de Bruselas.

Estados miembros de la UE y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio (65), se basa en los mismos principio del Convenio de Bruselas, muchos de cuyos preceptos reproduce. Sus artículos 13 a 15 determinan la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores. Se aplican si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la AELC. Si estamos ante un consumidor español que contrata con un empresario domiciliado en un Estado miembro de la AELC, cuando el consumidor es el demandado se aplica el Convenio de Bruselas (art. 54 ter del Convenio de Lugano), mientras que si el demandado es el empresario se aplica el Convenio de Lugano, con las mismas posibilidades ya reseñadas para el Convenio de Bruselas (66).

Para el futuro habrá que tener en cuenta, que existe una Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En este sentido es de destacar que el artículo 15 de la Propuesta de Reglamento extiende los mismos criterios del artículo 13 del Convenio de Bruselas a todo tipo de contratos que se refieran a bienes o servicios celebrados con consumidores, por lo que se deben incluir los contratos de utilización de inmuebles a tiempo compartido y los contratos de viajes combinados. En este punto el artículo 15.3 de la Propuesta de Reglamento supone una innovación importante cuando se refiere a todos los «casos en que la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades».

Con ello, se pretende subsanar el problema que plantea la aplicación del artículo 13.3 del Convenio de Bruselas cuando el consumidor no ha realizado en su Estado los actos propios para la celebración del contrato, impidiéndole invocar la competencia protectora (67). Pero además, se pretende desarrollar

(65) La conocida como AELC está formada por Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

(66) Cfr. COM (1999) 348 final, de 14 de julio de 1999. Dicho Reglamento pretende uniformar las reglas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros, y entronca con el Convenio de Bruselas, recogiendo los resultados de las negociaciones del grupo ad hoc «Revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano». Sobre tales negociaciones, vid. BORRAS RODRÍGUEZ (ed.) *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española* (Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo e 1997), M. Pons, Barcelona, 1998; y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y RODRÍGUEZ BEROT, A., «La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura», *REDI*, 1998, págs. 35 y ss.

(67) Por ejemplo, porque a iniciativa del cocontratante se ha visto incitado a dejar el Estado de su domicilio para celebrar el contrato.

el comercio electrónico, ya que ello juega un importante papel con relación a los contratos celebrados a través de un sitio de Internet interactivo. En este caso, el lugar donde el consumidor realiza estas gestiones puede ser difícil o imposible de determinar, considerándose que las mismas carecen de pertinencia para la creación del vínculo entre el contrato y el Estado del consumidor. Como se destaca en la Exposición de Motivos, «esta noción de actividad en el, o dirigida al, Estado del domicilio del consumidor tiene como finalidad dejar claro que el punto 3 se aplica al contrato de consumo celebrado en un sitio de Internet interactivo accesible en el Estado del domicilio del consumidor», sin que baste el mero hecho de que el consumidor haya tenido conocimiento de la posibilidad de comprar un artículo a través de un sitio Internet pasivo para poder invocar la competencia protectora. «De modo que el contrato electrónico se asimila a los restantes contratos a distancia, celebrados por teléfono, fax, etc., que dan derecho a la competencia del artículo 16» (68).

El artículo 16, por otra parte aumenta considerablemente la protección del consumidor, respecto a lo que establecen los Convenios de Bruselas y Lugano, ya que en caso de litigio puede optar entre plantear la demanda en el Estado miembro del domicilio del cocontratante, o ante el tribunal de su domicilio, y no del Estado miembro en que esté situado su domicilio, lo que se justifica por el deseo de que el consumidor pueda perseguir al cocontratante lo más cerca posible de su domicilio. Ello puede ser problemático para las empresas activas que se dediquen al comercio electrónico, ya que el concepto de «dirigir tales actividades» a que se refiere el artículo 15 es difícil de encajar desde la perspectiva de Internet, de modo que tales empresas, o bien aceptan la posibilidad de tener litigios en todos los estados miembros, o bien deben precisar que sus productos o servicios sólo se destinan a consumidores domiciliados en determinados países (69).

5. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Para el comercio electrónico, especialmente el transfronterizo, la solución judicial de los conflictos y litigios que se puedan plantear, generalmente no van a resultar muy eficaces ni van a satisfacer a las partes, tanto a los vendedores o suministradores de servicios, como a los consumidores o usuarios

(68) Cfr. COM (1999) 348 final, pág. 16.

(69) Cfr. Exposición de Motivos, COM (1999) 348 final, pág. 17, donde se destaca que ello supone una excepción a la regla según la cual la Propuesta de Reglamento sólo se refiere a la competencia internacional, y no a la competencia interna de los Estados miembros.

(a éstos especialmente). Desde este punto de vista, los comportamientos ilícitos en Internet producen perjuicios que se caracterizan por su rapidez y por su amplitud geográfica, lo que hace necesario medios de actuación más rápidos y eficaces. Por otro lado, como se afirma en el Resumen de la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico, en el mercado interior, además de los litigios entre profesionales, los problemas relativos a Internet pueden incluir pequeños litigios relativos a importes reducidos (micropagos) o litigios entre particulares que hayan utilizado un servicio de la sociedad de la información (por ejemplo, anuncios breves) que no justifican el recurso a actuaciones judiciales gravosas (70).

A este respecto el artículo 18 de la Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior, establece que «los Estados miembros velarán por que las actividades de servicios de la sociedad de la información puedan ser objeto de recursos judiciales eficaces que permitan adoptar, en el plazo más breve posible y por procedimiento sumario, medidas dirigidas a solucionar la transgresión alegada y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados» (71). Con la nueva LEC, podría utilizarse el procedimiento para la adopción de medidas cautelares, de los artículos 721 y ss., que si bien es verdad que no están pensadas para el comercio electrónico, lo cierto es que el artículo 727, al enumerar las medidas cautelares que se pueden acordar, se refiere genéricamente en su número 11 a «otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recaere en juicio».

Por otro lado, aparte de las soluciones que se adopten para resolver los conflictos a nivel estatal, desde la óptica del comercio electrónico internacional hace falta una evidente cooperación entre los Estados. A ella se refiere el artículo 177 de la nueva LEC, de acuerdo con los Tratados internacionales en que España sea parte, aunque habrá que esperar a las soluciones que se tomen en la futura Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil que se anuncia en la Disposición Final Vigésima de la LEC.

En cualquier caso, creo que en el futuro la solución debe venir de la mano de mecanismos de solución extrajudicial de litigios, utilizando incluso las vías electrónicas adecuadas. En este sentido el artículo 17 de la Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior, exige que los Estados miembros velen por que los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo respeten el ordenamiento jurídico comunitario y apliquen los principios de independencia, transparencia, contra-

(70) Cfr. COM (1998) 586 final, de 18 de noviembre de 1998, pág. 13.

(71) Cfr. COM (1999) 427 final, de 17 de agosto de 1999, pág. 30.

dicción, eficacia del procedimiento, legalidad de la decisión, libertad de las partes y representación (72).

Por otra parte, para fomentar la confianza de los consumidores en las nuevas técnicas comerciales, los organismos comunitarios están potenciando la creación de códigos de conducta aplicables a los profesionales, en el sentido recogido en la Recomendación 92/295/CEE, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (73). Así, el artículo 16 de la mencionada Propuesta de Directiva, fomenta la elaboración de estos códigos de conducta, a los que se pueda acceder por vía electrónica, a fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15. En este sentido, puede ser determinante para provocar dicha confianza, el cumplimiento por los operadores de servicios de la obligación que les impone el artículo 5 en cuanto al deber de facilitar el acceso de forma directa y permanente de una serie de datos. Entre éstos figuran la identificación del prestador de servicios, incluida la dirección en que está establecido y, en su caso, su inscripción en un Registro Mercantil, que pueden ser para determinar el lugar del establecimiento de un servicio en línea, eliminando las dudas que pudieran surgir sobre si dicho lugar es el del servidor que alberga un sitio, o si se trata de un simple buzón electrónico, etc.

IV. LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO CON CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL

No existe en Derecho español una norma que de modo general regule el comercio electrónico celebrado con consumidores. Sin embargo, sí que encontramos una serie de disposiciones que pueden ser aplicables, aunque sea de un modo parcial, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de los contratos electrónicos que se realizan son contratos con condiciones generales. Así, debemos tomar en consideración la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (artículos 38 a 48, que regula las ventas a distancia), la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que desarrolla el artículo 5.3 de la anterior.

(72) La Comisión publicó el 14 de febrero de 1996 un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y a la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, incluyendo una serie de iniciativas para promover procedimientos extrajudiciales. Igualmente debe tenerse en cuenta la Resolución 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios de consumo (*DO*, L 115, de 17 de abril de 1998, págs. 31 y ss.)

(73) Cfr. *DO*, L 156, de 16 de junio de 1992, págs. 21 y ss.

Que los contratos electrónicos, en su modalidad de venta, se pueden considerar como ventas a distancia es algo indudable. En este sentido, ya no es sólo que el artículo 38 de la LOCM las defina como aquéllas que se celebran sin la presencia física simultánea del comprador y vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza, sino además, que la Directiva 97/7/CE sobre protección de consumidores en materia de contratos a distancia (74), en cuanto a las técnicas de comunicación que se consideran incluidas, se remite con carácter indicativo al Anexo I, donde figura expresamente el *correo electrónico*. La Disposición Adicional Primera de la LOCM dispone asimismo que los artículos 38 a 42 son igualmente de aplicación a los contratos, negociados a distancia referentes a la prestación de servicios, salvo los referentes a seguros, créditos y servicios de inversión. El problema que se plantea es que la LOCM es de fecha anterior a la Directiva 97/7, de manera que el legislador español sólo tuvo en cuenta la inicial Propuesta de Directiva sobre contratos a distancia, de 20 de mayo de 1992, y no las modificaciones posteriores que se fueron introduciendo en dicho texto hasta llegar al definitivo (el legislador español deberá acomodar su legislación a la Directiva 97/7, antes del 4 de junio de 2000).

1. PARTES INTERVINIENTES Y TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La Directiva 97/7 se refiere de un modo claro a los contratos que los proveedores celebren con consumidores en sentido jurídico, del mismo modo que la LOCM se refiere a los que celebren vendedores o prestadores de servicios, como profesionales, con compradores o receptores de tales servicios como destinatarios finales. Ciertamente, como se ha defendido, la LOCM no tiene como objetivo principal la tutela de los consumidores tal como se desprende de su artículo 1.2, sino que alude sólo a los destinatarios finales de los bienes y servicios, sin remitirse a los consumidores en el sentido de la LGDCU, de manera que sería posible mantener la aplicación de los artículos 38 a 48 de la LOCM a toda venta a distancia, aunque los destinatarios finales de los bienes o servicios no fueran consumidores en sentido estricto. No obstante para ellos no tendría aplicación lo previsto en el artículo 48 sobre irrenunciabilidad de los derechos concedidos en esta ley, que se aplica sólo a consumidores (75).

(74) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de consumidores en materia de contratos a distancia, *DO*, L 144, de 4 de junio de 1997, págs. 19 y ss.

(75) Cfr. BOTANA GARCÍA, G.A., «Contratos a distancia», en *Curso de Protección Jurídica de los Consumidores*, cit., págs. 230-231.

Los artículos 39 y 40 de la LOCM y, de un modo menos claro, los artículos 4 y 5 de la Directiva 97/7 parecen partir de la idea de que la iniciativa de la contratación la toma el proveedor, de ahí que se regulen minuciosamente los requisitos que debe contener toda propuesta de contratación, en cuanto a la identidad del proveedor, precio, condiciones de pago, gastos de entrega, plazo de validez de la oferta, derechos del adquirente, en especial, el de desistimiento (sobre el que nos detendremos más adelante), etc.

Ello plantea el problema de las técnicas utilizadas en la contratación electrónica a distancia y las posibles restricciones que se pueden imponer. El artículo 39.3 LOCM se limita a decir que se debe dar a las personas la oportunidad de oponerse a recibir comunicaciones comerciales, observándose la legislación sobre protección de datos, debiendo entenderse ahora que la remisión está realizada a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El artículo 10 de la Directiva 97/7 es mucho más explícito, ya que establece la necesidad del consentimiento previo del consumidor sólo para los casos en que el proveedor utilice sistemas de llamada automática o telefax. Para los demás sistemas, cuando permitan una comunicación individual, como puede suceder con una propuesta no solicitada hecha por correo electrónico, únicamente se prevé que los Estados velarán por que dichas técnicas sólo puedan ser utilizadas a falta de oposición manifiesta del consumidor.

El envío por correo electrónico de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar molesto para los consumidores, pero la Ley española sólo contempla un sistema de *listas negativas* o de derecho a oponerse, frente al de *listas positivas*, en las que es preciso el consentimiento previo del consumidor, como se desprende de su artículo 6 (76). De modo que las listas de correo electrónico a las que se pueda acceder por Internet se consideran datos libres, pues son accesibles de modo permanente y están a disponibilidad de cualquiera sin necesidad de acreditar un interés legítimo.

(76) Aunque en la definición de fuentes accesibles al público que hace el artículo 3.j) no se incluya una expresa referencia a las direcciones de correo electrónico, parece que el criterio a aplicar debe ser el mismo, ya que en un E-mail no constan necesariamente datos personales del usuario. Cfr. LEGUINA VILLA, J., en, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J.), Tecnos, Madrid, 1997, págs. 688 y ss, aunque refiriéndose a la ley derogada. El concepto de fuentes accesibles al público va a ser no obstante objeto de debate, porque parece que la Ley establece una enumeración tasada. Cfr. DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., «Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 34, 2000, pág. 5 y nota 7; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., «La nueva Ley de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 34, 2000, págs. 2 y ss.

La cuestión es objeto de debate en los organismos comunitarios y de hecho se ha intentando en más de una ocasión que el correo electrónico se incluya dentro de las técnicas comerciales que exigen el consentimiento previo del consumidor (77). La Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior de 17 de agosto de 1999, exige que las comunicaciones comerciales no solicitadas hechas por e-mail deben estar identificadas como tales de forma clara e inequívoca y prevé que los Estados miembros adopten medidas para garantizar que los prestadores de servicios que utilicen tales técnicas consulten regularmente y respeten las listas de exclusión voluntaria («opt-out»), en las que se pueden inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales. Es decir se inclina por el sistema de las listas negativas (78). Diferente es el criterio que se utiliza en la Propuesta modificada de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores de 23 de julio de 1999, cuyo artículo 10 deja en libertad a los Estados miembros para establecer una sistema de listas negativas o positivas. Así, se establece que, salvo en el caso de las llamadas automáticas y el telefax, las demás técnicas de comunicación a distancia «a) no se autoricen si no se ha obtenido el consentimiento previo de los consumidores afectados, o b) solamente puedan utilizarse en caso de que no exista una oposición manifiesta del consumidor (79).

Por otro lado, por lo que se refiere a las técnicas de publicidad y marketing que se empleen en Internet, es preciso eliminar toda la incertidumbre que puede generar el hecho de tener una *web* abierta, o el establecer un vínculo de hipertexto o utilizar un nombre de dominio, en cuanto a si constituyen o no una comunicación comercial o una oferta a persona incierta (80). A este respecto por comunicación comercial debe entenderse toda forma de comuni-

(77) En concreto, cuando se discutió en el Parlamento la Propuesta de Directiva sobre contratos a distancia. Así se desprende de la enmienda 16, de la Primera Lectura (cfr. DO, C 176, de 28 de junio de 1993, págs. 85 y ss.).

(78) Cfr. COM (1999), 427 final, págs. 7, 14 y 24.

(79) Cfr. COM (1999) 385 final, de 23 de julio de 1999, pág. 27. No obstante la enmienda 52 intentó que el correo electrónico y la llamada personal por teléfono se incluyeran directamente dentro de los medios de comunicación que precisan consentimiento previo del consumidor. Cfr. pág. 10.

En cualquier caso se prevén sanciones para los proveedores por incumplimiento de estas disposiciones e incluso se ofrece la posibilidad de que los Estados concedan al consumidor el derecho a resolver el contrato, en todo momento, sin gastos y sin penalización. Que el consumidor pueda *sine die* resolver el contrato que llegue a celebrar por el hecho de que el proveedor vulnere el sistema de listas positivas o negativas que cada Estado llegue a adoptar, me parece personalmente un disparate, y más tratándose del caso de los servicios financieros a distancia de que trata la Propuesta de Directiva.

(80) Todo ello aparte de los problemas que pueden plantearse en cuanto a las normas nacionales sobre competencia desleal y sobre publicidad de determinadas profesiones.

cación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes o servicios. El artículo 6 de la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico exige que se puedan identificar claramente como tales, que se identifique la persona física o jurídica que la realiza y, en su caso, cuando estén autorizadas por el Estado miembro donde el prestador esté establecido, que se puedan identificar con claridad las ofertas, concursos o juegos de promoción, y las condiciones para beneficiarse o participar en ellos.

2. EL CONTRATO ELECTRÓNICO CON CONDICIONES GENERALES

Como ya señalé, una gran parte del comercio electrónico tiene lugar mediante condiciones generales de la contratación, de modo que el proveedor impone al consumidor total o parcialmente un contenido contractual redactado previamente (81). Aparte de otros preceptos que puedan ser aplicables de la LGDCU (especialmente sus artículos 8 y 11) el más problemático desde la perspectiva de las reglas de control del consentimiento es el artículo 10, que regula los requisitos que han de cumplir las condiciones generales para que pasen a formar parte de un contrato concreto. Este artículo 10.1.a) establece con carácter general que las condiciones generales se recojan en el documento contractual en que consta el consentimiento del adherente; pero permite también su incorporación al contrato a través de una referencia en las mismas en éste, siempre que se facilite al consumidor un ejemplar del texto de las condiciones generales con carácter previo o simultáneo a la celebración del mismo. El término «facilitar» no debe interpretarse como entrega material por escrito (82), lo cual restaría toda virtualidad práctica al comercio electrónico, sino como puesta a disposición, siempre que se permita un acceso a las mismas por medios electrónicos de forma razonable. Bastaría, por tanto, con que a través de un «enlace» el consumidor pudiera acceder al texto de las condiciones generales. Para el caso de remisión por parte del proveedor vía correo electrónico, las condiciones pueden incorporarse al mensaje o incluirse en un archivo adjunto, siempre que tenga un formato conocido por la generalidad de usuarios en atención a su amplia difusión.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que incorpora la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 (esta ley afecta a todo tipo de contratos que contengan condiciones generales, excepto los excluidos expresamente). El

(81) Desde la perspectiva del Derecho Internacional, resultan especialmente interesantes las consideraciones de ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Condiciones generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992.

(82) Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 203 y ss.

artículo 5.1 dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes, debiendo el contrato hacer referencia a las condiciones generales incorporadas, sin que se pueda entender que ha habido aceptación de la incorporación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no se le haya *facilitado* un ejemplar de las mismas. El término facilitar debe interpretarse en el sentido ya señalado. Además, los supuestos de contratación electrónica y telefónica se regulan expresamente en el artículo 5.3, conforme al cual será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional, enviándose inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. Desde luego el envío de justificación escrita puede tener sentido en la contratación telefónica, pero no tiene razón de ser en la contratación electrónica, donde debe bastar una puesta a disposición de las condiciones generales, o el acceso a las mismas en soporte duradero.

La cuestión ha sido abordada por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que desarrolla el artículo 5.3 de la LCGC. En los artículos 2 y 3 del Real Decreto, la información del contenido de las condiciones generales de la contratación se prevé en un doble momento, anterior y posterior a la celebración del contrato, en concordancia con lo dispuesto en la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia. Como ya destacué, existe un deber de información previa de todas las cláusulas del contrato y de remitir el texto completo de las condiciones generales de la contratación, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación empleada. Celebrado el contrato, el predisponente debe enviar inmediatamente al adherente, a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación por escrito o en soporte duradero, de la contratación efectuada donde deben constar todos los términos de la misma. Por soporte duradero, entiende el artículo 3.3 de Real Decreto cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento. En particular, tienen esta consideración los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes de correo electrónico.

Al hacerse depender del cumplimiento de estas obligaciones, la posibilidad de ejercicio por parte del consumidor de un derecho de desistimiento, la carga de la prueba de la observancia de las mismas se hace recaer en el artículo 5 sobre el proveedor (83). A estos efectos se contempla cualquier

(83) El artículo 11.3.a) de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia establece que los Estados *pueden* establecer que la carga de la prueba recaiga sobre el proveedor en

medio de prueba admitido en derecho, y en particular los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión o recepción. Lógicamente, como ya he indicado, en los casos de contratación electrónica la prueba tiene que ser necesariamente a través de la denominada firma electrónica avanzada. Debe además tenerse en cuenta que, conforme a la Disposición Adicional 1.ª, IV, 19 de la LGDCU, se considera abusiva la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en los que debería corresponder a la otra parte contratante.

3. EL DEBER DE INFORMACIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Si hay una constante en toda la normativa comunitaria y en la legislación española de protección a los consumidores, es precisamente la del deber de información. Existe un deber precontractual de información que genera responsabilidades para el proveedor (84). Dicho deber viene contemplado de modo general para los consumidores en el artículo 13 LGDCU, exigiendo que dicha información sea *veraz, eficaz y suficiente*. Con carácter previo a la celebración del contrato, resulta claramente aplicable también su artículo 8 en todos aquellos casos en que toma la iniciativa el proveedor, si bien no voy a entrar en la problemática del carácter vinculante de la información suministrada, ampliamente tratada por la doctrina. Por otra parte, existen varias disposiciones concretas que imponen a los empresarios, en el momento de llevar a cabo la oferta de contrato o cuando emiten publicidad sobre los productos y servicios que ofrecen, el deber de suministrar a la otra parte contratante cierta información, en ocasiones muy exhaustiva. Igualmente, en el mismo momento de celebración del contrato o tras celebrarse el mismo, el legislador prevé varios supuestos en que se deben incluir en el contrato determinadas informaciones, muchas veces casi idénticas a las que se deben hacer en la oferta contractual (85).

cuanto a la existencia de una información previa, una confirmación por escrito, el cumplimiento de los plazos que se prevén y el propio consentimiento del consumidor. Por el contrario la Propuesta modificada de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros de 23 de julio de 1999, impone esta carga de la prueba al proveedor con carácter obligatorio. Cfr. COM (1999) 385 final, pág. 28.

(84) Por todos, GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

(85) Así, artículos 3 y ss. de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, del Contrato de Seguro; artículo 3 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles; artículos 3 y 4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio

En la normativa aplicable al comercio electrónico existe igualmente un deber de información previa a la celebración del contrato y un deber de información coetáneo o, en su caso, posterior a la conclusión del mismo. El deber de información previa viene contemplado en los artículos 39 y 40 LOCM, que en este punto deberán adaptarse a lo previsto en el artículo 4 de la Directiva 97/7, entre otras cuestiones en cuanto a la necesidad de informar sobre la existencia de un derecho de desistimiento. Por lo que se refiere a los deberes de información en el momento de ejecución del contrato, la cuestión viene recogida en el artículo 47 LOCM, que difiere notablemente del artículo 5 de la Directiva mencionada, a la que deberá acomodarse, en especial en cuanto a la información sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento, y, de un modo particular, en lo referente a las consecuencias del incumplimiento de estos deberes, sobre lo cual la LOCM guarda un absoluto silencio.

De alguna manera esta omisión se ha venido a paliar con el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica y electrónica, pero sólo cuando se realiza con condiciones generales. El problema es que este Decreto recoge las previsiones de la Directiva 97/7, pero contradice, en algunos puntos abiertamente, la regulación de las ventas a distancia de la LOCM que también son aplicables, por lo que se vulnera el principio de jerarquía normativa. Cuando la contratación electrónica contiene condiciones generales, el artículo 2 del Real Decreto exige que, previamente a la celebración del contrato, y con una antelación de tres días como mínimo, el predisponente facilite al adherente de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato, remitiéndole el texto completo de las mismas por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.

Una vez celebrado el contrato en consonancia con lo previsto en el artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el artículo 3 del Decreto exige que el predisponente envíe al adherente con carácter inmediato, y a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación relativa a la contratación efectuada donde deben constar todos los términos de la misma. Lo lógico es que se utilice el mismo medio de comunicación a distancia, aunque el Decreto, pensando más bien en la contratación telefónica, exige que la justificación sea por escrito o, a propuesta del adherente, en cualquier otro soporte duradero

reguladora de los Viajes Combinados; artículos 6, 16 y 17 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo; artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias; artículos 7 y 13 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

adecuado al medio de comunicación empleado. De esta manera, resulta que el predisponente tiene que indicar en la información previa a que se refiere el artículo 2 los tipos de soportes entre los que puede elegir el adherente, como medio de justificación de la contratación efectuada.

No creo que en la contratación electrónica el soporte papel pueda añadir ninguna ventaja añadida al consumidor, de modo que lo lógico es que éste prefiera el mismo medio electrónico empleado para el deber de información previa, si lo que se persigue es la rapidez de la transacción, una vez asegurada la fiabilidad de las técnicas implantadas por el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. No obstante la cuestión tiene su importancia a la hora de ejercer los derechos de desistimiento o resolución, cuyo plazo depende en ocasiones del momento en que el adherente recibe la correspondiente confirmación documental. El único caso en que no es preciso el envío de confirmación documental de la contratación efectuada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 del Real Decreto 1906/1999, es el de los contratos de prestación de servicios de tracto único que se ejecutan mediante técnicas de comunicación a distancia, cuya facturación sea efectuada por un operador tales técnicas de comunicación, es decir, en los supuestos de comercio electrónico directo. Aunque en este supuesto es obligatorio informar al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde puede presentar sus reclamaciones, especificando por separado el coste de la comunicación y del servicio.

A partir de aquí empiezan ya los problemas de acomodación entre la LOCM y el Real Decreto 1906/1999, fruto del desarrollo que éste hace de la Directiva 97/7, que no pudo tener en cuenta la LOCM por ser de fecha anterior. Por otro lado la cuestión se complica aún más cuando se trata, no de ventas, sino de contratos de prestación de servicios, recogidos en la Disposición Adicional 1ª de la LOCM y que requieren un tratamiento particularizado.

4. LA POSIBILIDAD DE DESISTIR Y RESOLVER EL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR

4.1. *El plazo para desistir y resolver el contrato*

El artículo 44 de la LCOM establece que el comprador puede desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto, derecho que no está sujeto a ninguna formalidad, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. El ejercicio del mismo no puede implicar la imposición de ninguna penalidad, aunque el comprador debe satisfacer los gastos directos de la devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de la compra. En cambio, de acuerdo

con el artículo 4 del Real Decreto 1906/1999, cumplidas las obligaciones de información previa y de confirmación documental posterior; el adherente dispone del plazo de siete días *hábiles*, según el calendario oficial del lugar de su residencia habitual, para *resolver* el contrato sin sujetarse a ninguna formalidad, *sin incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los gastos de devolución del bien*.

Ciertamente el artículo 6.1 de la Directiva 97/7, no impone la obligación de satisfacer los gastos de devolución del bien, sino que lo deja a la iniciativa de cada legislación (se dice: «el único gasto que *podría* imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor»). Lo que está claro es que el Real Decreto contradice directamente el artículo 44.3 de la LOCM, conforme al cual «el comprador *deberá satisfacer* los gastos directos de devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de la compra».

Por lo que se refiere al plazo de siete días, la Directiva habla de días laborables, al igual que el Real Decreto. En la LOCM no hay duda de que estamos ante días naturales, cuyo cómputo debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 CC, es decir, sin excluir los días inhábiles. No cabe argumentar, sobre la base de una interpretación de la Ley conforme a los criterios de la Directiva, que los días deben ser laborables, porque la misma carecería de la necesaria claridad (86). Tampoco creo que pueda mantenerse el texto del Real Decreto entendiendo que es una norma especial aplicable sólo a los casos de contratación electrónica con condiciones generales, porque tratándose de contratos a distancia también es aplicable la LOCM, superior jerárquicamente al Real Decreto, hayan mediado o no condiciones generales. Por otra parte, según se ha señalado, partiendo de que los días son naturales, cabría entender que en el caso de que el último día del plazo sea no laborable, podría entender prorrogado el plazo hasta el primer día hábil siguiente (87), lo cual en la contratación electrónica también puede ser puesto en tela de juicio, pues no se acierta a ver qué es lo que impide desistir electrónicamente en un día no laborable, sobre todo entendiendo que para la declaración de voluntad de desistir se debe seguir, como veremos, la teoría de la expedición. Así, pues, en tanto no se modifique la LOCM, el plazo de siete días sólo puede referirse a días naturales.

(86) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUTNA VILLA, J.), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 719. En contra, entendiendo que cabe interpretación conforme a Directiva, Díez Soto, C.M., en VV.AA., *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1999, pág. 545

(87) Cfr. MARÍN LÓPEZ J.J., en *Ordenación del Comercio Minorista*, (Coord. ARI-MANY-MANUBENS), Praxis, Barcelona, 1996, pág. 325

4.2. *Los gastos de devolución de la cosa*

Por otra parte, el Real Decreto excluye para el adherente en caso de desistimiento la obligación de abonar los gastos de devolución del bien, lo cual contradice llanamente el artículo 44.3 LOCM. El argumento para defender la no aplicación del Real Decreto es el mismo que en el supuesto anterior, por lo que las disposiciones de éste que contradigan lo establecido en una norma de rango superior se deben considerar nulas en aplicación del artículo 51.1 y 2 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAE y PAC) y artículo 6 LOPJ. Insisto en que no es norma especial, por el hecho de que se utilicen en la contratación electrónica condiciones generales, porque, existan o no éstas, siempre estaremos ante un contrato a distancia al que será también de aplicación la LOCM, tal como se definen en su artículo 38. Es más, en este supuesto ni siquiera cabe plantear la interpretación conforme a la Directiva 97/7, porque ésta únicamente dice que el coste de la devolución de las mercancías al proveedor es el «único gasto que *podría* imputarse al consumidor», sin establecerlo con carácter obligatorio.

4.3. *La obligación de indemnizar los desperfectos del objeto del contrato*

Mucho más problemática es la obligación prevista en el artículo 44.3 LOCM de indemnizar los desperfectos del objeto de la compra, silenciada en la Directiva y aplicable sólo a los supuestos de ventas electrónicas. Como no se especifica si esta indemnización procede siempre o únicamente en los casos en que los desperfectos se deban a causa imputable al comprador, parece que la norma parte del criterio general que rige en materia de compraventa de imputar los riesgos al comprador una vez perfeccionado el contrato. Ello contrasta con lo establecido en el artículo 10 LOCM, conforme al cual, cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto, *el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega*. Además de ello, nos encontramos con una regulación bastante completa del derecho de desistimiento en el artículo 6 de la Ley 26 /1991 (LCCFEM), según el cual el consumidor *no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa*.

Para un sector de la doctrina el artículo 10 LOCM es un precepto de carácter general aplicable a toda venta realizada con consumidores, de modo que los supuestos en particular que se contemplen son ley especial respecto

a éste (88). Partiendo de esta idea, para colmar las lagunas o dificultades de interpretación de otros derechos de desistimiento de carácter especial, habría que acudir a la regla general del artículo 10 y entender que no deben abonarse los deterioros que se deban a uso para comprobar las prestaciones propias del producto adquirido. Sin embargo, un análisis de los antecedentes legislativos de este precepto, nos llevan a la conclusión de que lo que el legislador está regulando es un supuesto de ventas a prueba y a conformidad sometidas a condición suspensiva, por lo que no debe aplicarse el mismo, de manera que la analogía debería buscarse en la regulación de la LCCFEM, por contener una regulación completa de dicho derecho (89).

De todos modos, una cosa es entender que el artículo 44 LOCM se refiere a la distribución de los riesgos tras la entrega de la cosa, y otra diferente interpretarlo desde la perspectiva de la diligencia que debe exigirse al consumidor en la utilización de la misma. A mi juicio estamos ante lo segundo, es decir, me parece necesario matizar el tenor literal del artículo 44 LOCM en el sentido de que el consumidor sólo deberá responder de los desperfectos que excedan del uso de la cosa conforme a la buena fe, que le sean imputables por no haber observado la diligencia exigible en la conservación de la misma antes de la devolución (90).

Sin embargo, no creo que el artículo 44 sea una norma que regule los riesgos de la cosa desde su entrega hasta la devolución. En este punto parece preferible aplicar la misma solución del artículo 7 de la LCCFEM y entender que es el proveedor quien soporta los riesgos durante el plazo de devolución (91). Puede parecer excesivo atribuir los riesgos de pérdida de la cosa por caso fortuito en todo caso al vendedor, pero creo que la cues-

(88) Cfr. con diferentes puntos de vista DÍAZ ALABART, S., en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (Dir. PIÑAR MAÑAS, J.L. y BELTRÁN SÁNCHEZ E.), Cívitas, Madrid, 1997, págs. 98 y ss., MARÍN LÓPEZ, en *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 97; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 145; y Díez SOTO, en *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 554.

(89) Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 152 y ss., BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 714 y ss.

(90) Cfr. con matizaciones, PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., págs. 344 y ss.

(91) Cfr. BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 722; MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 330; Díez SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., págs. 556-557.

En contra PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., págs. 344-345; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y CARRASCO PERERA, A., «Borrador de Anteproyecto de ventas por correo», en *Estudios sobre Consumo*, n.º 21, 1991, pág.49; y JUSTE MENCIA, J. «Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho Comunitario Europeo. Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 10 de mayo de 1997 (II)», *La Ley*, n.º 4435, de 10 de diciembre de 1997, pág. 3.

ción debe resolverse en sentido positivo, aunque el deudor debe destruir la presunción de culpa del artículo 1.183 CC. De no ser así, no sería posible ejercitar el derecho de desistimiento en aquellos casos en que, sin mediar culpa o negligencia, la cosa perece en su poder. Como luego veremos, los riesgos sólo se trasladan al adquirente desde el momento en que se le constituya en mora. Pero si la pérdida es imputable al consumidor se puede mantener la posibilidad de desistir, aunque éste deberá abonar el valor de mercado que hubiera tenido la cosa en el momento de su ejercicio (92).

No obstante, creo que sí cabe entender que el grado de diligencia exigible es diferente dependiendo de que el proveedor haya cumplido o no con los deberes de información antes reseñados. Es decir, no puede ser igual el nivel de diligencia exigible cuando el consumidor ha sido informado de que puede desistir o ha desistido ya, que en los casos en que el consumidor conoce por otra vía su posibilidad de desistir. En el primer caso debe exigirse la propia de un buen padre de familia (artículos 1.094 y 1.104 CC), mientras que en el segundo, como consecuencia de la falta de información, bastaría un nivel de diligencia inferior: el exigible a sus propios asuntos (93). Más problemática puede ser la situación cuando el empresario no ha informado expresamente al consumidor de la posibilidad de desistir y éste la desconoce. Creo que la pérdida de la cosa en este período debe soportarla el empresario, pues al consumidor no se le puede exigir ningún tipo de diligencia en la conservación de aquello que desconoce que debe restituir y que, eventualmente, puede haber transmitido a un tercero.

4.4. *Supuestos en que procede el desistimiento y supuestos en que procede la resolución*

Una de las cuestiones más confusas que se observa en la normativa comunitaria e interna de protección a los consumidores, es la nítida distinción entre dos derechos que corresponden a éstos, que están a mi juicio en función del cumplimiento o incumplimiento por parte del proveedor de sus deberes de información precontractuales y coetáneos o posteriores a la celebración del contrato. La terminología en este punto de lo más dispar, confundiéndose y

(92) Aplicando por analogía el artículo 7.1 de la LCCFEM, Díez Soto, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 557; MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 330; y BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 722, nota 19, entienden que debería aplicarse, como límite, el precio de adquisición del bien.

(93) En este sentido BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 721 y ss.; y Díez Soto, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 556.

mezclándose conceptos como desistimiento, renuncia, resolución, revocación, rescisión, retractación, etc. (94).

Cuando estamos ante una facultad que permite al consumidor libremente extinguir una situación jurídica preexistente, realizando una declaración de voluntad unilateral a la que queda sujeto el receptor de la misma estamos ante la figura del *desistimiento unilateral*. La declaración de voluntad es recepticia pues para que surta efectos debe llegar a conocimiento del vendedor o suministrador. Estamos ante un verdadero desistimiento *ad nutum*, pues no tiene por qué fundarse en ninguna causa especial. Esta figura, como medida de protección del consumidor se encuentra recogida en varias leyes, con distinto fundamento (95). La doctrina, sin embargo, no coincide la explicación de la naturaleza jurídica de este derecho, unas veces porque parece contradecir lo previsto en los artículos 1.115 y 1.256 CC, otras veces recurriendo al momento en que debe entenderse perfeccionado el contrato por ser de formación sucesiva, o acudiendo a la teoría de la condición interpretando dicha facultad en función del artículo 1.453 CC, o recurriendo a la analogía con diversos supuestos de ineficacia (96).

(94) El artículo 6 de la Directiva 7/97 sobre contratos a distancia, lleva como rúbrica la de *derecho de resolución*, pero el precepto habla de *rescisión*. La LOCM habla de *desistimiento*, mientras que el artículo 4 del Real Decreto de 17 de diciembre de 1997 sobre contratación electrónica con condiciones generales de la contratación, habla de *derecho de resolución*. La Directiva 577/1985 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, habla en su artículo 5 de derecho de *renuncia* a los efectos de su compromiso. El artículo 5 de la Ley 26/1991 (LCCFEM) de derecho de *revocación*. El artículo 4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio reguladora de los viajes combinados, habla de *desistimiento*. Lo mismo que los artículos 8 y 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio de VPBM. El artículo 10 de la Ley de 15 de diciembre de 1998, de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles distingue entre *desistimiento* y *resolución*, mientras que la Directiva 47/1994, desarrollada por la anterior Ley habla en ambos casos de *resolución ad nutum* sin alegar motivos y de *resolución* simple. El artículo 4 de la Propuesta modificada de Directiva relativa a la comercialización a distancia de productos financieros destinados a los consumidores de 23 de julio de 1999 (COM 1999, 383 final) habla de *derecho de retractación*.

(95) Vid. artículo 5.1 Ley de Contratos Celebrados Fuera del Establecimiento Mercantil; artículos 10 y 44 LOCM; artículo 9.4 Ley de Viajes Combinados; artículo 9 de Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y artículo 10 Ley Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles.

(96) Sin ánimo de ser exhaustivo, mantienen con argumentos diferentes la tesis de que la perfección del contrato se difiere hasta que expira el plazo para desistir, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTA, A., «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *RDM*, 1993, págs. 589 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, M., «Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Prof. Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, págs. 4030 y ss.; CALVO VIDALO, F.M. «La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales», *Act. Civ.*, 1993-1, pág. 189.

A mi entender, el contrato genera obligaciones para ambas partes a partir del momento en que se produce el acuerdo de voluntades a distancia, sin que el reconocimiento del derecho a desistir pueda alterar la consideración de contrato ya perfeccionado. Intentar obviar la cuestión de la naturaleza del desistimiento, sobre la base de considerar no perfeccionado el contrato hasta que transcuere el plazo que se señale sin desistir, sólo hace trasladar el problema de las relaciones entre las partes a otro momento temporal.

Lo que ocurre, como señala LASARTE, es que aparte de los supuestos impuestos por las Directivas comunitarias en que se autoriza al consumidor a poner fin a la relación contractual existente por su *libre arbitrio* (desistimiento), hay otros en los que cabe igualmente extinguir unilateralmente una relación obligatoria, pero no libremente, sino ante la concurrencia de una causa que lo justifique, supuestos diferentes de los anteriores y que guardan cierto parecido con la resolución del artículo 1.124 CC (97). Nos encontramos, pues, ante dos modalidades: *a)* supuestos en que la terminación de la relación obligatoria viene legitimada por una *justa causa* previamente contemplada en la Ley: hablamos entonces de *resolución*; *b)* casos en que la terminación de la relación obligatoria es simplemente producto de una *voluntad enteramente libre* que no tiene por qué fundarse en una causa especial (se habla entonces de denuncia, receso o desistimiento unilateral) (98).

Por la perfección anterior al desistimiento, con muy diversos matices, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral*, Cívitas, Madrid, 1997, págs. 280 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., págs. 341 y ss.; CABALLERO LOZANO, J.M., «Una compra-venta especial: la venta fuera de establecimiento», *RDP*, 1994, págs. 1050 y ss.; MARÍN LÓPEZ, J.J., «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 5, 1995, pág. 155.; BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág., págs. 716 y ss.; Díez SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 544; JUSTE MENCIA, «Contratación a distancia... (II)», cit., págs. 2 y ss.

Se inclinan por acercar la figura a los vicios del consentimiento, MORALES MORENO, A.M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, XVII, vol. 1.º B), Edersa, Madrid, 1993, pág. 220; RUIZ MOLINA, M. «Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (Algunos presupuestos metodológicos)», *Estudios sobre Consumo*, n.º 39, 1996, págs. 11 y ss. Una exposición de las diversas explicaciones posibles, puede verse en GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos...*, cit., págs. 111 y ss. y 150 y ss.

(97) Cfr. LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, III, 5ª ed., Trivium, Madrid, 1999, pág. 164. Por su parte, KLEIN, *El desistimiento...*, cit., págs. 34 y ss distingue entre desistimiento *ad nutum* y desistimiento con *justa causa*, si bien, al intentar construir una teoría general que abarque todos los supuestos de desistimiento, hace notar la diferencia entre contratos duraderos o no duraderos y admite la especialidad de los supuestos regulados en la normativa protectora de los consumidores. Desde otra perspectiva, vid. también las consideraciones de ESPIAU ESPIAU, S. «La resolución unilateral del contrato. Estudio jurisprudencial», *Act. Civ.*, 1998-1, págs. 113 y ss.

(98) Cfr. a este respecto, las observaciones de MUNAR BERNAT, P., *La regulación española de la multipropiedad*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 166 y ss.

El desistimiento en sentido estricto es enteramente libre, mientras que la resolución debe ir ligada al deber general de informar en todo caso al consumidor de las condiciones del contrato que aparece en toda la normativa comunitaria y nacional sobre la materia. La resolución, así entendida, es una extinción sobrevenida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o de una acción ejercitada por una de las partes, que no es sin embargo reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en una hipótesis o supuesto de hecho a tal efecto previsto por la ley (99), concretamente el incumplimiento del deber de información. Cuestión diferente, que puede inducir a confusión entre ambos derechos, es que el inicio del cómputo del plazo para desistir dependa del momento en que se cumplan tales deberes. Una vez cumplidos, se puede desistir. Si hay incumplimiento, o cumplimiento defectuoso del deber de información, procede durante un cierto tiempo la resolución.

En la contratación electrónica, el fundamento del derecho de desistimiento debe buscarse, no en el hecho de que la oferta se haga a distancia, ni en la imposibilidad por parte del consumidor de comparar la oferta con otras (puede hacerlo cómodamente a través de Internet y reflexionar convenientemente), sino en la distancia que le separa de la cosa objeto del contrato que es el origen del necesario deber de información precontractual, y la necesidad de que el consumidor pueda examinar la mercancía. No es el error en que haya podido incurrir, ni que el producto pueda tener defectos o que no se corresponda con la oferta, aunque, evidentemente en estos casos, el derecho de desistimiento puede servir para poner fin a la relación contractual. Lo que pretendo poner de manifiesto es que el derecho de desistimiento es libre, *ad nutum*, con la lógica limitación de las exigencias derivadas de la buena fe, de tal manera que no hay que justificar la utilización del mismo para condicionar su ejercicio. Ello, por supuesto, no es obstáculo para el ejercicio de otras acciones, derivadas del incumplimiento, los vicios ocultos que tenga la cosa, o el error padecido al contratar, o derivado de la posible conducta dolosa que pueda haber utilizado el proveedor que utiliza técnicas de comunicación a distancia. Pero dentro del plazo para desistir, puede ser mucho más cómodo en la práctica para el consumidor poner remedio a esta situación mediante el derecho de desistimiento, aunque tenga que pagar los gastos de devolución de la cosa.

Sin embargo, como vamos a ver, la cuestión es bastante más difícil de resolver en los supuestos de contratación electrónica de servicios, ya que no es posible la restitución de los mismos una vez prestados. En este punto la

(99) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Cívitas, Madrid, 1996, pág. 855.

Directiva 97/7 hace un tratamiento diferenciado, al que habrá que acudir para cubrir las lagunas de interpretación que ofrece la LOCM, que dedica a la prestación de servicios una simple remisión en su Disp. Ad. 1.^a a los artículos 38 a 48.

4.4.1. Supuestos de ejercicio del desistimiento

Tratándose de contratos electrónicos de compraventa de productos, el plazo de siete días para desistir se computa desde la recepción de la cosa (art. 44.1 LOCM y 6.1 de la Directiva 97/7). Sin embargo, de acuerdo con el texto de la Directiva, cuando el proveedor no ha cumplido con los deberes de información que le exige el artículo 5, dicho plazo sólo puede comenzar a computarse desde que se hayan cumplido los mismos (el día inicial puede ser, por tanto, posterior a la recepción de la cosa). Creo que, en todo caso, el adquirente puede desistir en el plazo de siete días contados desde la recepción de la cosa, ya se le haya facilitado o no la correspondiente información, sin perjuicio de que, una vez cumplidos estos deberes por el proveedor, comience a computarse un nuevo plazo de siete días para desistir. Mantener lo contrario supondría dejar en manos del empresario la posibilidad de que el consumidor ejercitara el desistimiento, ya que, con no remitirle ninguna información, impediría que pudiera comenzar a computarse el plazo.

Para el caso de contrato de prestación de servicios, como el servicio no puede ser restituido, el criterio de la Directiva es que el plazo comienza a computarse desde la celebración del contrato, como si se tratara de un plazo de reflexión (100), con la misma salvedad anterior, es decir, no comenzando a computarse mientras no se cumplan los deberes de información, que creo debe ser interpretado como acabo de poner de manifiesto en el sentido de existir dos momentos iniciales del cómputo (el momento de celebración del contrato, o el día en el proveedor cumple con sus deberes de información) salvo en el supuesto de servicios cuya ejecución haya comenzado antes de finalizar dicho plazo, con el acuerdo del consumidor. En este caso, se parte del cumplimiento por el proveedor de los deberes que impone el artículo 5, entre los cuales se encuentra implícito el de informar que en estos supuestos no cabe desistimiento.

El Real Decreto 1906/1999 incide en estas cuestiones, tras reconocer el derecho a desistir (aunque utiliza impropriamente el término resolver), una vez cumplidos los deberes de información previa y de confirmación documental de la contratación efectuada. Así, el artículo 4.2 señala que el plazo se com-

(100) JUSTE MENCIA, «Contratación a distancia... (II)», cit, pág. 4.

putará «en el caso de que el contrato tenga por objeto la entrega de bienes, a partir de la recepción por el adherente, y en los casos de prestación de servicios a partir del día de celebración del contrato». Pero a renglón seguido, en n.º 3 establece: «si la información sobre las condiciones generales o sobre la confirmación documental tiene lugar con posterioridad a la entrega de bienes o a la celebración del contrato, el plazo se computará desde que tales obligaciones queden totalmente cumplidas». Aun referido sólo a los contratos electrónicos con condiciones generales, creo que la misma solución debe adoptarse por analogía para cubrir las deficiencias de la LOCM en otros supuestos. El Real Decreto es más claro que la Directiva, por cuanto no dice que el plazo de siete días sólo pueda comenzar a computarse a partir de que los deberes de información del proveedor queden totalmente cumplidos, sino que el inicio del cómputo puede tener lugar en dos momentos distintos: el de recepción de la cosa y celebración del contrato para los servicios, y el momento (posterior) en que el empresario cumple su deber de información.

4.4.2. Supuestos en que procede la resolución

Cuando el proveedor incumple con los deberes que le impone el artículo 5 de la Directiva, el apartado 3.º del artículo 6 de la misma determina que «el plazo será de tres meses», comenzando a computarse, para los bienes desde el día en que los reciba el consumidor, y para los servicios, a partir de la celebración del contrato. Aparentemente se está hablando del mismo derecho (desistimiento), pero en realidad estamos ante un supuesto de *resolución* por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de información (101). La prueba está en que el artículo 6, apartado 4.º, señala: «Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento».

El plazo de tres meses es para cumplir con la obligación de remitir la correspondiente información contractual. Como se puede observar, no hay un plazo inicial de tres meses para desistir, que se reduce a siete cuando el proveedor cumple con los correspondientes deberes de información. Si así fuera, al empresario le bastaría con incumplir con su deber de información

(101) La Directiva 97/7 está inspirada en la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en tiempo compartido, (*DO*, L , de 29 de octubre de 1994), donde se distingue netamente ambos derechos, lo mismo que en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

sobre la posibilidad de desistir para evitar que comenzara a computarse el plazo del desistimiento. El plazo de desistimiento es siempre de siete días, variando sólo el día inicial del cómputo: desde la entrega de la cosa o la celebración del contrato en el caso de los servicios, o desde que se cumplen posteriormente los deberes de información. Por el contrario, el plazo de tres meses es de resolución, precisamente por haber contravenido el proveedor los deberes impuestos en el artículo 5. Pero si dentro de los tres meses cumple con los mismos y el consumidor recibe la confirmación en cualquier soporte duradero del contrato realizado, a partir de ese momento dispone de siete días para desistir.

El artículo 4.3 del Real Decreto 1906/1999 sigue este criterio cuando establece que «en caso de incumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato a que se refiere el artículo anterior, la acción de resolución no caducará hasta transcurridos tres meses computados en la forma establecida en el apartado anterior». Podría entenderse que al proveedor le basta con no remitir dicha información para paralizar la posibilidad de ejercicio del derecho de desistimiento; pero si el consumidor ha dejado transcurrir los siete días computados desde la entrega de la cosa o la celebración del contrato sin desistir, lo que puede hacer durante el plazo de tres meses es solicitar la resolución por incumplimiento de los deberes informativos del proveedor. Lo que no creo que se pueda mantener es que caducado el plazo de tres meses sin haberse remitido por el proveedor la correspondiente información, comienza de nuevo un plazo de siete días para desistir (102). Esta protección al consumidor me parece exorbitante. Cuestión distinta es que la información suministrada no sea veraz, en cuyo caso creo que podría hablarse de vicios del consentimiento y utilizar la acción de anulabilidad por dolo.

5. FORMA DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN

En cuanto a la forma en que se ejercita el derecho de desistimiento (o el de resolución) el artículo 44 LOCM dice que no está sometido a ninguna formalidad, bastando que se acredite de cualquier forma admitida en derecho. Hace falta que tal declaración de voluntad llegue a conocimiento del proveedor. Como el consumidor es quien se va a beneficiar del ejercicio de tal derecho es a él a quien corresponde la carga de la prueba. Para ello es aconsejable que la forma escogida pueda ser probada por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, especialmente en cuanto a su utilización en plazo

(102) Este posibilidad sí la reconoce expresamente el artículo 10.2 de la Ley 42/1998.

tempestivo. En nuestro caso, creo que la buena fe impone el deber de utilizar la misma forma que para la celebración del contrato, que será la que cumpla los requisitos de la firma electrónica avanzada a los efectos de probar que se realizó dentro de plazo. No debe olvidarse que ésta garantiza la autenticidad, identificación fiable del manifestante, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión o recepción.

Lo que no hace falta es que el proveedor la reciba dentro del plazo de siete días. Aquí la declaración de voluntad tiene carácter recepticio, pero debe seguirse la teoría de la expedición, ya que lo contrario supondría acortar un plazo ya de por sí breve. Analógicamente podría aplicarse lo establecido en el artículo 10.3 de la Ley 42/1998, al establecer expresamente que será suficiente con que el envío se realice antes de la expiración del plazo. El artículo 4.4 de la Propuesta modificada de Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros de 23 de julio de 1999 (103) establece a este respecto que el consumidor ejercerá su derecho de *retractación* notificando ésta al proveedor mediante cualquier soporte duradero a disposición de éste y al cual éste tenga acceso.

6. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO Y DE LA RESOLUCIÓN

Los efectos que produce el desistimiento y la resolución aunque similares, pueden tener consecuencias diferentes, en concreto, que a través de la resolución se pueden solicitar daños y perjuicios. Asimismo es diferente la situación del consumidor en cuanto a la diligencia exigible, dependiendo de que conozca la posibilidad de desistir, o de que no ha sido informado de ello por el proveedor. La LOCM solamente señala que el ejercicio del desistimiento no puede implicar penalidad alguna, aunque el consumidor asume los gastos de devolución. El artículo 6.2 de la Directiva 97/7 establece que se puede imputar al consumidor el coste directo de la devolución de las mercancías, y que el proveedor está obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días. En términos similares en cuanto al plazo de devolución de las cantidades por el proveedor se expresa el artículo 4.4 del Real Decreto 1906/1999. Lo que no cabe aplicar, por contradecir la LOCM, es el artículo 4.1 de este Real Decreto debiendo entenderse que el consumidor debe costear los *gastos de devolución*, entendiéndose por tales los calculados en relación a su expedición al lugar desde donde fue enviada la cosa (104). En definitiva

(103) Cfr. COM (1999), 385 final, pág. 24.

(104) En contra, BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 721-722, entendiendo aplicable por analogía el artículo 6.2 de la Ley 26/1991 (LCCFEM), conforme

se trata de que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones, donde habrá que aplicar analógicamente el artículo 1.308 CC en cuanto al principio de reciprocidad en la restitución de las prestaciones.

Si el precio no se ha entregado todavía, sólo habrá lugar a la devolución de la cosa, dependiendo la constitución en mora del consumidor de la intimación del proveedor. Si se ha pagado el precio, debe devolverse éste, entiendo que con sus intereses desde el desistimiento o la resolución. Si se han cumplido ambas prestaciones, cualquiera de las partes podrá oponerse a la restitución mientras no cumpla la otra. La restitución de la cosa por el comprador provoca la mora automática del proveedor que, a falta de pacto, consistirá en el pago de los intereses legales (art. 1.100 y 1.108 CC). De igual forma, la devolución del precio por el proveedor determina la mora automática del consumidor que, a partir de este momento, y no antes, soporta los riesgos por pérdida o deterioro de la cosa (arts. 1.096 y 1.183 CC) (105).

La cuestión es mucho más compleja en los contratos electrónicos de prestación de servicios, donde por otro lado es habitual el pago de cantidades anticipadas, a pesar de la posición contraria del artículo 43.2 LOCM, que se silencia en la Directiva 97/7. En estos casos es preciso distinguir con nitidez entre los supuestos de comercio electrónico directo (en los que el servicio se presta en línea o mediante la remisión periódica del servicio de información solicitado al buzón del consumidor), de aquellos otros de comercio electrónico indirecto en que el contrato se celebra electrónicamente, pero no así la ejecución del servicio. En este último caso, a diferencia de las mercancías o productos en general, es evidente que el servicio una vez recibido no puede ser restituido, por lo que el plazo para desistir se computa desde la celebración del contrato. La lógica excepción que establece el artículo 6 de la Directiva es el supuesto de servicios cuya ejecución haya comenzado antes de finalizar el plazo de siete días, con el acuerdo del consumidor (es este caso el proveedor debe haber informado previamente de ello al consumidor) en que no hay derecho de desistimiento una vez comenzada la ejecución. Lo contrario supondría que el proveedor tuviera que reembolsar las cantidades percibidas, sin recibir nada a cambio, con el consiguiente enriquecimiento del consumidor. Para evitarlo, el proveedor debe cumplir escrupulosamente con los deberes de información. En caso contrario, como hemos visto, el consumidor puede desistir o resolver el contrato, dependiendo de los casos. Si ya se ha prestado el servicio, se ha defendido que en todo caso el consumidor puede ejercitar su derecho y reclamar las cantidades abonadas, a pesar del enrique-

al cual el lugar de cumplimiento es el lugar donde el consumidor haya recibido la prestación, de manera que el lugar de cumplimiento de la devolución sería el de cumplimiento anterior a la entrega de la cosa, es decir, generalmente el domicilio del consumidor, lo cual supondría un coste cero.

(105) Cfr. DÍEZ SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., págs. 552 y ss.

cimiento que experimenta (recibe el servicio y, además, el precio pagado por él), el cual tendría su causa en la imposición de dicha sanción al proveedor por violar los deberes de información (106).

Tal interpretación me parece excesiva, y debe ser matizada según los casos, ya que puede haber desistimiento (y no resolución) habiendo cumplido el proveedor escrupulosamente con sus deberes de información, pues no parece justo que un consumidor que ha recibido un servicio (e incluso pueda haber quedado satisfecho con el mismo por acomodarse a sus expectativas) se enriquezca a costa de un derecho que debe ser ejercitado de acuerdo con la buena fe (107). Cuestión distinta es que lo que se ejercite sea realmente la resolución por omitir las informaciones a que se refiere el artículo 5 de la Directiva o que estemos ante el desistimiento que se prevé para el supuesto de que el prestador cumpla dicha obligación tras la celebración del contrato. Creo que el consumidor que ha recibido el servicio actuaría de mala fe si reclama el precio pagado por el hecho de que (o aprovechando que) el proveedor cumplió posteriormente con los deberes de información. Para estos casos creo que lo único que podrá reclamar son daños y perjuicios y probar efectivamente los que se causaron por esa falta de información. El propio artículo 4.5 del Real Decreto 1906/1999, excluye tal derecho «en aquellos casos en que por la naturaleza del contenido de las prestaciones sea imposible llevarlo a cabo, sin perjuicio de la reclamación de daños y perjuicios».

La cuestión podría resolverse entendiendo que el consumidor, a pesar del desistimiento, debe indemnizar al proveedor en dos situaciones: cuando el ejercicio del derecho sea abusivo, sancionándose entonces la infracción del deber contractual de actuar con arreglo a la buena fe; y cuando experimente un enriquecimiento injustificado a costa del desistimiento, en cuyo caso, aun cuando el ejercicio del derecho sea conforme a la buena fe y a la equidad, el deber de indemnizar no constituye una sanción, sino una compensación frente al perjuicio económico que experimenta el proveedor.

Distinto es el supuesto en que, por dicha falta de información, el servicio es deficiente o no se acomoda a sus expectativas, en cuyo caso sí cabría reclamar el precio pagado. En todo caso, esto pone de relieve la dificultad de acomodar los derechos de desistimiento y resolución a los contratos de prestación de servicios, de modo que deberán ser los Estados miembros quienes al transponer esta Directiva establezcan con claridad las consecuencias que se producen en los diversos supuestos. De hecho, el artículo 6.3 de la Directiva se refiere a una serie de servicios que quedan excluidos de los derechos anteriormente mencionados, en atención a los problemas que plantea la devolución de los mismos: así los servicios de apuestas y loterías, los de suminis-

(106) Cfr. JUSTE MENCIA, «Contratación a distancia...», cit. (II), pág. 4.

(107) Vid. ESPIAU, «La resolución unilateral...», cit., págs. 124 y ss.

tro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas, los servicios prestados al consumidor que sean personalizados o que por su naturaleza no puedan ser devueltos, y el suministro de servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar.

Quizá la especialidad, para el caso de este tipo de contratos, estribe en diferenciar los servicios que se prestan de una sola vez de aquellos otros que se prestan periódicamente. Se trata en definitiva, a efectos de la restitución de las prestaciones, de acudir al criterio general de diferenciar las prestaciones duraderas o de tracto sucesivo, de aquellas otras que se agotan de una vez (108). En este último caso se puede defender la ineficacia retroactiva del negocio, con las salvedades apuntadas, mientras que en los supuestos de prestaciones de servicios duraderas la ineficacia debe entenderse *ex nunc*, manteniéndose los efectos ya producidos, que imponen unos deberes de liquidación de la situación anterior diferentes según los casos.

De esta manera, no veo inconveniente en que si se ha recibido parte del servicio, por tener carácter periódico, se descuente una parte proporcional del precio para el caso del desistimiento. Ello no contraviene la prohibición de establecer penalizaciones para ejercitar tal derecho, porque lo único que se hace es detraer una parte del precio pagado en función del servicio o de la parte del servicio efectivamente percibido por el consumidor. No se retiene o se cobra una cantidad por desistir, sino que se trata de evitar el enriquecimiento del consumidor.

La cuestión se puede ver más clara en los supuestos de comercio electrónico directo, en que el servicio se presta periódicamente en línea o a través de correo electrónico, como puede suceder en los casos en que consista en recibir determinadas informaciones o en permitir la consulta de bases de datos. Salvo que el contrato se haya celebrado a conformidad (109), si el consumidor desiste en el plazo previsto, se le podrá detraer la cantidad proporcional a los días en que ha dispuesto del mismo, con lo que se evita que un usuario de mala fe, se abone a un servicio para conseguir determinada información, para desistir del contrato, una vez conseguida la misma) (110).

(108) Así, LASARTE, *Principios...*, III, cit., pág. 165; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, cit., pág. 724.

(109) Generalmente, en estos casos, las partes realizarán un contrato con un plazo para que el consumidor pueda examinar el tipo de servicio, en cuyo caso estaríamos ante un plazo de reflexión en que el contrato permanece en suspenso o se considera celebrado bajo condición suspensiva, como en el artículo 1453 del CC. Lógicamente en estos casos habrá que estar a lo pactado.

(110) A favor de esta argumentación, se puede utilizar el criterio adoptado por la Propuesta modificada de Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros, que en caso de retractación, prevé que el consumidor está obligado a pagar: a) En los casos en que el proveedor pueda determinar este precio antes de la celebración del con-

En el caso de resolución, por haber incumplido el proveedor con los deberes de información (v.gr. no informó de la posibilidad de desistimiento y de las condiciones de ejercicio del mismo, que según el artículo 5.1 de la Directiva es preceptivo en el caso de contratos de duración indeterminada o de duración superior a un año), la cuestión es distinta, ya que podrán pedir, además, daños y perjuicios.

7. MOMENTO DEL PAGO

A pesar del silencio de la Directiva sobre este punto, el artículo 43.2 LOCM prohíbe como regla general exigir el pago por anticipado. Esta medida es excesivamente protectora del consumidor y puede entorpecer los instrumentos habituales de pago que en la contratación electrónica suelen utilizarse (cargo en tarjeta de crédito o débito, transferencia bancaria, domiciliación bancaria). La letra del precepto impide realizar el cargo antes de la entrega.

Si el consumidor paga antes, puede no recuperar la cantidad o encontrar enormes dificultades para recuperarla en caso de que no se produzca la entrega de la cosa o la prestación del servicio. Pero, por otro lado, no hay duda de que para los proveedores, el pago anticipado puede suponer una prueba de la seriedad de la otra parte contratante. La LOCM parece haber optado por que sea el vendedor o suministrador de servicios quien soporte este tipo de riesgos. En el comercio electrónico indirecto referido a ventas generalmente no surgirán problemas, pues el pago se efectuará contra reembolso. Pero en

trato, el precio del servicio financiero efectivamente prestado por el proveedor (el ejemplo típico es el préstamo hipotecario en que el proveedor puede fijar con carácter previo el precio de un servicio de peritaje del bien inmueble que sirve de garantía del préstamo); b) En los casos en que el proveedor no pueda determinar este precio antes de la celebración del contrato, la parte del precio total del servicio financiero que es objeto del contrato, a prorrata del período transcurrido entre el día de la celebración del contrato y el día en que éste ejerció su derecho de retractación (ejemplo típico es el del consumidor que suscribe un seguro de automóvil el 1 de enero y se retracta el día 13. El servicio prestado dependerá del número de días de cobertura, pudiéndose por tanto fijar el coste con arreglo a una base diaria multiplicada por el número de días).

Nótese que en el caso de la hipoteca el ejercicio del derecho de retractación puede ser posterior a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, porque todavía no haya vencido el plazo de treinta días que se prevé. Se plantea, así, el problema de la publicidad registral de un derecho claudicante, en contradicción con las presunciones de validez y legalidad de los derechos publicados por el Registro (artículo 38 L.H.). En su día, en la hipoteca contratada por técnicas a distancia con consumidores, la celebración del contrato y su inscripción devienen firmes y definitivas para la entidad de crédito, pero el consentimiento prestado por el consumidor, aun constanding, es revocable, por lo que en el momento de la transposición debe hacerse constar claramente esta circunstancia en el Registro.

el caso de la prestación de servicios es habitual exigir una parte del precio como anticipo y provisión de fondos, o que el cliente obtenga una licencia de uso temporal o una versión limitada que, tras efectuar el pago, va a ser plenamente operativa (111). En la contratación electrónica directa el problema casi se reduce a una cuestión de confianza entre las partes contratantes. De hecho, como ya se indicó, el Considerando 13 de la Propuesta modificada de Directiva de comercio electrónico en el mercado interior, considera que la aceptación puede consistir en realizar un pago en línea y que el acuse de recibo expedido por un prestador de servicio puede consistir en suministrar en línea un servicio pagado.

Aparte de la excepción que el artículo 43.2 LOCM contempla para poder exigir el pago anticipado, que ha sido objeto de múltiples interpretaciones y críticas por la doctrina, creo que el precepto podría interpretarse en el sentido de no poder exigirse la totalidad del precio anticipadamente, pero sí al menos una parte del mismo (112). En cualquier caso, parece que cuando el consumidor se limita a comunicar el número de su tarjeta de pago a proveedores carentes de seriedad comercial, la aplicación del artículo 46 LOCM puede otorgar una cierta protección al consumidor ya que no hay identificación electrónica de la misma, de modo que el titular de la tarjeta podrá exigir la inmediata anulación del cargo.

La utilización habitual de este tipo de tarjetas en el comercio electrónico plantea una serie de especialidades en las que es preciso detenerse. El artículo 46 LOCM se refiere exclusivamente a las tarjetas de crédito, pero debe aplicarse a todo tipo de tarjetas de pago, sean de crédito, de débito, comerciales o bancarias (113). Aparentemente dicho artículo pretende proteger al titular de la tarjeta frente a una utilización fraudulenta de la misma, y esa es desde luego su finalidad principal, dado que en el comercio electrónico no se dará la identificación personal de su titular ni la identificación electrónica de la tarjeta. El riesgo de tal utilización fraudulenta lo sufre el proveedor o prestador de servicios, ya que en estos casos las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se deben efectuar a la mayor brevedad.

Pero lo que no permite la LOCM es que un consumidor que realmente ha celebrado el contrato utilice este mecanismo a su favor. El artículo 46.2 des-

(111) PASQUAU LIANO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., pág. 561; RIBAS ALEJANDRO, *Aspectos jurídicos...*, cit., págs. 17 y ss.

(112) De considerar aplicable el artículo 10 LOCM (que a mi juicio no lo es) tampoco existiría ningún obstáculo, ya que no está prohibiendo los pagos anticipados en todos aquellos casos en que la ley conceda un derecho de desistimiento, sino que prohíbe condicionar el derecho de desistimiento a la realización de un pago previo.

(113) En este sentido, MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., págs. 340 y ss.

taca que si la compra hubiese sido efectivamente efectuada por el titular de la tarjeta y, por lo tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación. Para el proveedor es sencillo probar la efectiva celebración del contrato a través de los medios seguros que le ofrece el Real Decreto-Ley 14/1999, de modo que en este caso, podrá exigir el precio y la correspondiente indemnización. En este supuesto estaríamos ante un incumplimiento doloso que acarrearía las consecuencias previstas en los artículos 1.101, 1.106, 1.107, apartado 2.º, y 1.124 CC (114), que permiten exigir el cumplimiento, oponiéndose mientras tanto a la entrega de la cosa o prestación del servicio, o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos.

Lo que no creo que pueda admitirse es que la solicitud de anulación del cargo en el plazo para desistir se pueda interpretar como una manifestación inequívoca de la voluntad de desistir por no estar este derecho sujeto a ninguna formalidad (115). La rapidez de la comunicación electrónica a distancia permite al consumidor emitir su declaración de voluntad dentro del plazo de siete días, pero debe hacerlo como tal. Así, si se limita a solicitar la anulación del cargo, entiendo que no ha tenido lugar el desistimiento, por lo que el proveedor podrá exigir el cumplimiento y la resolución indicadas. Además, el artículo 46.2 liga la posibilidad de anular el cargo sólo a los casos en que la compraventa no hubiese sido efectivamente realizada (que no es el caso). De esta manera, aunque el consumidor consiga la anulación del cargo tras desistir dentro de plazo, estaría obligado a indemnizar los posibles daños y perjuicios que ocasione al proveedor, que desde luego serán sumamente difíciles de probar.

8. ADQUISICIÓN MEDIANTE CRÉDITO Y CONSECUENCIAS DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN

El artículo 44.1, apartado 2.º, LOCM, lo mismo que el artículo 6.4 de la Directiva 97/7, dispone que en los casos en que la adquisición se haya realizado mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato general implicará la ineficacia sobrevenida de aquél. Se trata un supuesto de recono-

(114) Así, BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 729 y REVERTE NAVARRO, A., *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 593.

(115) PASQUAU LIANO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., págs. 354-355; y BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 730. En otro sentido, KLEIN, *El desistimiento...*, cit., pág. 171, entiende que la buena fe exige la necesidad del preaviso, que en nuestro caso sería la notificación efectiva del ejercicio del mismo.

cimiento legal de la conexión entre contratos, cuya vinculación funcional es jurídicamente relevante (116).

Sin embargo el artículo 6.4 de la Directiva 97/7 distingue: a) los supuestos en que el precio del bien o servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante crédito concedido por el proveedor a distancia (la conexión causal aquí es tan clara que no ofrece problemas); b) y aquellos otros en que el precio del bien o servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante crédito concedido al consumidor por un tercero, previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor. Esta solución es mucho más ventajosa que la prevista en el artículo 11 de la Directiva 86/102/CE, de 22 de diciembre, de crédito al consumo, y en el artículo 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo, actualmente aplicable, ya que exige que el prestamista y el proveedor se encuentren vinculados por un acuerdo previo concertado en *exclusiva* (117). Pero mientras no se modifique ésta o la LOCM, no creo que en los contratos electrónicos que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/1995, se pueda eludir la necesidad de este pacto en exclusiva (118). Quizá la única salvedad fuera considerar los supuestos en que la finalidad específica de adquirir un bien o servicio a distancia se incorporase al contrato de crédito determinando una conexión causal entre los dos contratos (119).

(116) Como destaca LÓPEZ FRÍAS, A. *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág. 273, este fenómeno se da cuando «varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevantes».

(117) En GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 86 y ss., puede verse un análisis del origen legislativo de la exigencia del pacto en exclusiva, problema vinculado en el debate parlamentario al de si el consumidor podía acudir a otro financiador distinto.

(118) En contra, con una interpretación mucho más generosa, GAVIDIA, *El crédito al consumo...*, cit., págs. 101 y ss.; y Díez Soto, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., págs. 561 y ss., quienes con diferentes argumentos entienden preferente la especial protección que debe dispensarse a los consumidores, de manera que en todo caso el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor determinaría la ineficacia del contrato de financiación.

Desde otra perspectiva, entiende que la conexión entre los contratos se produce aun que no exista pacto en exclusiva, MUÑOZ CARRERA, M., «Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 17, 1995, pág. 210. Igualmente MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., págs. 331 y ss., entiende que no hace falta que exista pacto de exclusiva, pero sí acuerdo previo entre proveedor y financiador.

(119) En este sentido, SÁNCHEZ HERRERA, J.R., «Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Act. Civ.*, 1996-3, XXXII, pág. 715; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., «Contratos vinculados a la obtención de un crédito», en VV.AA. *Crédito al Consumo y transparencia bancaria*, (Dir. NIETO CAROL), Cívitas, Madrid, 1998, págs. 247 y ss., PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., pág. 345; BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 723, nota 20.

Para los contratos que queden fuera del campo de actuación de la Ley de Crédito al Consumo, sí debería diferenciarse entre los supuestos en que existe o no un acuerdo previo entre proveedor y financiador (no necesariamente en exclusiva). Sin el acuerdo previo con el proveedor, el contrato celebrado entre el consumidor y el prestamista debe ser considerado *res inter alios acta*, dada la separación causal entre éste y el que da lugar a la adquisición del producto o servicio (120). De esta manera pueden ocurrir dos cosas. Si el dinero prestado está todavía en poder del consumidor por no haber pagado el precio del objeto o servicio contratado a distancia, deberá reintegrarlo al concedente del crédito. Por el contrario, si ya efectuó el pago al proveedor o suministrador la cuestión es mucho más compleja: el financiador podrá reclamar del consumidor las cantidades prestadas, y éste podrá exigir del vendedor el precio pagado. La falta de interdependencia entre prestamista y proveedor a distancia y la falta de acuerdo previo entre ambos hace que no se propaguen al contrato de crédito los efectos del desistimiento o resolución.

Cuando sí existe tal acuerdo previo, tanto si el comprador ha pagado el precio con el dinero recibido a título de préstamo, como si el concedente del préstamo ha pagado directamente, parece que debe ser el vendedor o proveedor quien debe restituir al financiador la suma prestada. Como se ha señalado, serán éstos (vendedor y prestamista) los que convendrán en el acuerdo previo lo que estimen más adecuado a sus intereses para aquellos casos en que el consumidor ejerce el desistimiento o resolución (121). Además de ello, tratándose de un contrato de crédito también habrá que decidir quien debe pagar los intereses devengados mientras el contrato fue eficaz, aunque el consumidor como mucho deberá pagar los gastos de devolución. Los intereses pueden ser bajos, pero la normativa que desarrolle esta Directiva deberá aclarar si el consumidor tiene acción para obtener de quien proceda (el proveedor o prestamista) el pago de los desembolsos realizados por él con ocasión de la celebración del contrato de crédito (v.gr. el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales onerosas (122), o los honorarios del corredor de comercio que intervino en la operación). Si se pretende garantizar la indemnidad de la posición económica del comprador, de tal manera que sólo quede obligado al pago de los gastos directos de devolución del producto, es evidente que habrá que reconocerle el derecho a obtener el pago de esos desembolsos (123).

(120) Cfr. VERDERA SERVER, R., «Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el artículo 9 LCC», *ADC*, 1996, pág. 619.

(121) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 332-333.

(122) Hay que tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 52,1.a) del Texto Refundido de la Ley de ITPAJD, en este caso el devengo es instantáneo, es decir, que se entiende producido el día en que se realice el acto o contrato gravado.

(123) En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J.J., «Prácticas comerciales...», cit., pág. 176. En contra, KLEIN, *El desistimiento...*, cit., pág. 373, entiende que los gastos de perfección

Así, pues, el acuerdo previo será el lugar idóneo para que el proveedor y el concedente del crédito se distribuyan el coste económico de los efectos del desistimiento o resolución sobre ambos contratos: electrónico a distancia y de crédito. En tales acuerdos se deberá contemplar, sin duda, que en el supuesto ejercicio por el consumidor del derecho de resolución por incumplir el proveedor con el deber de información, será éste quien asume el coste económico de la ineficacia del contrato de financiación. Por otra parte, debe reconocerse al consumidor la posibilidad de utilizar frente al financiador los derechos, acciones y excepciones que le correspondan frente al proveedor, en los mismos supuestos que señala el artículo 15 de la Ley de Crédito al consumo.

Por último, cuando el pago se realiza sin más mediante tarjeta de crédito, no creo que puedan propagarse los efectos del contrato de adquisición a la entidad que concede el crédito, pues parece excesivo involucrar a estas entidades de financiación en cuestiones que afectan a la distribución de bienes y servicios. Se ha mantenido, no obstante, que en el mecanismo de la tarjeta de crédito hay siempre un acuerdo previo entre el prestamista emisor y el establecimiento, de manera que el consumidor tendría frente a quien le concede el crédito los mismos derechos que le correspondan frente al suministrador (124). Esto no parece acomodarse a la realidad de las relaciones jurídicas que genera una tarjeta de crédito, que son mucho más complejas, e involucran a muchas más personas que al suministrador y financiador (125). En realidad en estos casos no puede decirse que haya contratos conexos por el mero hecho de que el titular de la tarjeta escoja adquirir por vía electrónica un determinado bien o servicio en uno de los múltiples establecimientos adheridos en cualquier parte del mundo. Además, en la mayor parte de los casos, el banco emisor de la tarjeta será distinto de aquél que adhirió al establecimiento al sistema. Y finalmente, parece claro que no se cumplen los requisitos que señala el artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo para hacer responsable al financiador por los incumplimientos del proveedor (126).

y resolución del contrato que correspondan a actos que deban realizarse preceptivamente antes de la expiración del plazo son de cuenta del consumidor.

(124) Cfr. sobre la base del Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo, GÓMEZ DE MENDOZA, M. «Tarjetas de crédito y crédito al consumo», *La Ley*, n.º 330, de 9 de julio de 1993, págs. 3 y ss.

(125) Vid., por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, C., *El pago mediante tarjetas de crédito*, La Ley, Madrid, 1990, *passim*, y *Las tarjetas de crédito*, Pons, Madrid, 1997, *passim*; RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección al Consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 498 y ss.; ANDREU MARTÍ, M.M., «Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas», *Encuentros sobre Informática y Derecho. 1994-1995*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 195 y ss.; PÁEZ MAÑÁ, J., «Las tarjetas de crédito o pago electrónico», *Encuentros sobre Informática y Derecho. 1996-1997*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 315 y ss.

(126) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Contratos vinculados...», cit., pág. 256. Desde la perspectiva tributaria, se considera que estas operaciones no deben someterse al Impuesto de

En cualquier caso, desde la perspectiva de la contratación electrónica, urge una reforma de nuestra legislación para que puedan tener virtualidad práctica los derechos otorgados a los consumidores, debiendo quedar igualmente protegidos los intereses de los proveedores a distancia de bienes y servicios, y de los terceros que intervengan en la financiación de los contratos dirigidos a la adquisición o disfrute de éstos.

Para el futuro, debe tenerse en cuenta que una excesiva protección de los consumidores puede provocar la aparición de otra parte contratante débil: los proveedores de bienes y servicios, especialmente en los casos de pequeña y mediana empresa. En este sentido, creo que deben articularse los medios necesarios para que se produzca un justo equilibrio entre la situación contractual de una y otra parte. Ello no supone prescindir de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, sino utilizar el criterio de la buena fe para integrar el contrato electrónico de acuerdo con las particularidades que cada uno presente. De esta manera, cabrían aplicar los dos principios a que alude Díez-PICAZO (127) como nueva doctrina general del contrato. Por un lado, que un contrato debe quedar formado cuando, dadas las circunstancias en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de oferente y aceptante, la buena fe exija que el contrato se encuentre formado. Ello no supone ningún obstáculo para el ejercicio del desistimiento o la resolución en el sentido expresado con anterioridad. Por otro, que un contrato debe presentar aquel contenido que las partes, según la confianza razonable, podrían esperar que tal contrato tuviera, lo cual puede suponer un criterio a tener en cuenta para valorar los comportamientos, tanto del proveedor como del consumidor según los casos.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Actos Jurídicos Documentados, porque al emitir la tarjeta simplemente se está poniendo a disposición del titular, como consecuencia del contrato de emisión, un instrumento adecuado para acceder a los servicios que se concedan en dicho contrato de emisión, sin que se incorpore a la tarjeta una orden de pago. Cfr. MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Pons, Madrid, 1996, págs. 514 y ss.; y OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 127 y ss (127) Cfr. «¿Una nueva doctrina general del contrato?», cit., págs. 1716-1717.

La vigencia, la prórroga y la caducidad de la anotación preventiva judicial en el Registro de la Propiedad y el nuevo artículo 86 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (1)

SUMARIO.—1. LA DURACION, LA PRORROGA Y LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN GENERAL: 1.1. NOTAS PREVIAS. 1.2. LA DURACIÓN DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS. 1.3. LA PRÓRROGA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS: SUS REQUISITOS. 1.4. LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS Y SUS EFECTOS. 1.5. LA CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA CADUCADA.— 2. LA DURACION, LA PRORROGA Y LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES: 2.1. UNA PRIMERA SOLUCIÓN DE ORIGEN REGLAMENTARIO: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 199 RH Y LA PRÓRROGA INDEFINIDA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA JUDICIAL HASTA QUE SE DICTE UNA SENTENCIA FIRME EN EL PROCESO EN QUE SE HAYA ADOPTADO. 2.2. UNA SEGUNDA SOLUCIÓN DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL: LA NECESARIA PRÓRROGA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES HASTA QUE EL FALLO ESTIMATORIO ACCEDA AL REGISTRO. 2.3. UNA TERCERA SOLUCIÓN DE ORIGEN LEGAL: LA POSIBILIDAD DE PRACTICAR SUCESIVAS Y ULTERIORES PRÓRROGAS CUATRIENALES.

(1) Este trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación en Derecho Procesal «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Incidencia en procesos de otros órdenes jurisdiccionales. Estudios preparatorios para su aplicación», financiado por el Ministerio de Educación y Cultura (PB98-1468-C02-01).

1. LA DURACION, LA PRORROGA Y LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN GENERAL

1.1. NOTAS PREVIAS

La Disposición final novena-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el «BOE» de 8 de enero del mismo año, y que entrará en vigor al año de su publicación, da una nueva redacción al artículo 86 LH. En este trabajo se trata de destacar los problemas que plantea la regulación todavía vigente sobre la duración, la prórroga y la caducidad de las anotaciones preventivas —en particular, de las judiciales—, y examinar en qué medida los resolverá la regulación recientemente aprobada cuando sea de aplicación.

Si desde una óptica procesal existen anotaciones preventivas que constituyen o bien en sí mismas una medida cautelar (v.g., la anotación preventiva de demanda), o bien un acto de ejecución de una medida cautelar para hacerla oponible a terceros (v.g., la anotación preventiva de un embargo preventivo o de una prohibición de disponer), consecuencia lógica del carácter instrumental de la medida cautelar es que la misma y, en su caso, su reflejo registral hayan de permanecer vigentes mientras subsista la necesidad de aseguramiento del objeto del litigio (2).

Sin embargo, no se debe olvidar que, desde una perspectiva registral, las anotaciones preventivas constituyen unos asientos registrales (3) que, en contraposición a las inscripciones, se caracterizan por ser asientos provisionales o transitorios que, por definición, tienen fijada una duración limitada (4), por lo que es coherente que a tal fin su vigencia esté sujeta a un plazo de caducidad (5).

(2) Así MONTES REYES, A., *Registro y proceso: anotaciones preventivas*, Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho procesal, 1978, págs. 137, 139 y 145; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil, II*, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 734; y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 2033.

(3) Por ello manifiesta CASTEJÓN, F., «De la duración de la anotación preventiva en el proyecto falangista para Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 1940, pág. 34, que la duración de las anotaciones preventivas judiciales es «un tema que roza el proceso civil y la materia hipotecaria».

(4) Indica DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, III, Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 491, que «vigencia limitada y protección registral temporalmente limitada es la nota sustancial de las anotaciones preventivas», y apunta CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre Derecho hipotecario, II*, Madrid, Marcial Pons, 1994, págs. 1080-1081, 1094 y 1249, esp. pág. 1081, que «la «finalidad» de las mismas reside en «caducar» cuando han transcurrido los plazos legales establecidos para su vigencia».

(5) Antes de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, MORELL Y TERRY, L., *Comentarios a la legislación hipotecaria, III*, Madrid, Reus, 1917, pág. 26, advertía que «con

Como se ha señalado, «la caducidad como causa que origina la decadencia de los derechos opera de un modo automático por el simple transcurso del tiempo previamente señalado por la Ley (...), y se halla fundada no tanto en una presunción de abandono por parte del titular del derecho, como ocurre en la prescripción extintiva, sino en la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico, y por eso no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse, cuando se trata de asientos registrales, más allá del término señalado por el legislador: transcurrido el cual los asientos deberán reputarse inexistentes, aun cuando subsista el derecho anotado» (6).

frecuencia, el que anota una demanda, un embargo o una prohibición de enajenar, descansa en la anotación, que continúa vigente años y años en el Registro, y eso no debe tolerarse. Todas las anotaciones deben tener un plazo marcado y nunca largo de duración, y una vez transcurrido, deben desaparecer, para no convertir nunca en perpetuo y permanente lo que debe ser transitorio y provisional». Véase también CASTELLÓN, F., «De la duración...», *cit.*, págs. 34-35.

Tal y como se explica en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, con el transcurso del tiempo se iban acumulando en el registro situaciones jurídicas extinguidas e inexistentes en la realidad civil, procesal o administrativa. Para hacer frente al «farragoso lastre de las cargas que inútilmente continuaban mencionándose y arrastrándose en el Registro en detrimento de la contratación», se acudió a la institución de la caducidad, como medio purgante, automático y efectivo, que pusiera fin a tal situación.

Para DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad de las anotaciones preventivas judiciales», en *RDPRIV.*, 1952, págs. 894-895 y 897, esp. pág. 897, «la caducidad general de todas las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, es plausible como saludable medida terapéutica que ha de sanear el Registro, limpiándolo de residuos inútiles y evitando se convierta en un pantón de relaciones jurídicas fenecidas». Véase también, del mismo autor, *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Madrid, Aguilar, 1945, págs. 195-197. Según MOUTAS MERAS, R., «El problema de la caducidad de las anotaciones preventivas de demanda», en *RDPRIV.*, 1955, pág. 160, con la caducidad se pretende limpiar el registro de la carga muerta que pesa sobre el mismo con grave detrimento y perturbación de la propia institución registral. Comparten la opinión de los autores anteriores MENCHÉN BENÍTEZ, B., «La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y alguno de sus problemas», en *RCDI*, 1962, págs. 815-823, y VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación a los asientos registrales», en *BDPCGPI* (Base de datos Publicaciones del CGPJ), 38 / 1994 / Páginas 473-682. Código CC943806).

(6) RDGRN de 16 de marzo de 1959 (RJA, 1959, m. 1216, págs. 734-735), siguiendo la de 7 de marzo de 1957 (RJA, 1957, m. 1517, pág. 992), que pone de relieve que «fundadas las anotaciones preventivas en la necesidad de tutelar derechos o situaciones jurídicas de naturaleza transitoria los asientos de las mismas que se hagan en el Registro deberán ser provisionales, para evitar que queden perpetuados en los libros registrales, con menoscabo de la claridad y eficacia del sistema».

Igualmente destaca el AAP de Castellón, de 3 de mayo de 1993 (BDRGID, ref. 93/9.184), que «por razón de esa naturaleza, por la propia provisionalidad y transitoriedad que las caracteriza, la caducidad, es consustancial a las anotaciones preventivas».

Sobre la conexión entre los conceptos de anotación preventiva y caducidad, véanse MORELL Y TERRY, L., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 26; ROCA SASTRE R. M.^º-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario (Dinámica registral)*, IV, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 307 y 310; DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», *cit.*, págs. 893-895 y 897; LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. D. A., *Elementos de Derecho civil, III bis*.

El todavía vigente artículo 86 LH se encarga de regular la duración y la caducidad de las anotaciones preventivas, al disponer que:

Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo aquellas que tengan señalado un plazo de caducidad más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandamiento de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento.

La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.

Por su parte, el reformado artículo 86 LH, que todavía no es de aplicación, establece que:

Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquéllas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandamiento de las Autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de la prórroga. Podrán practicarse sucesivas posteriores prórrogas en los mismos términos.

La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.

1.2. LA DURACIÓN DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

El todavía vigente artículo 86, I LH dispone que, salvo excepción (7), las anotaciones preventivas «caducarán a los cuatro años de su fecha». Este precepto puede dar lugar a confusión, pues se puede entender que dicha fecha es o bien la fecha del asiento de presentación *ex* artículo 24 LH o bien la fecha de la práctica de la propia anotación.

Derecho inmobiliario registral, Barcelona, Bosch, 1984, pág. 248; MOUTAS MERAS, R., «El problema...», *cit.*, pág. 157; DE LA RICA Y MARITORENA, R., «La cancelación registral», en RCDI, 1974, págs. 1310-1311; DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 291; MONTES REYES, A., *Registro...*, *cit.*, págs. 134-135 y 148; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil, III*, Madrid, Edersa, 1988, págs. 428-429; y CANO TELLO, C. A., *Manual de Derecho hipotecario*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 240.

(7) A lo largo de la normativa hipotecaria se pueden encontrar supuestos excepcionales de anotaciones preventivas que tienen señalado un plazo más breve de duración, a los que no hago referencia por exceder de la materia objeto de este trabajo.

Ante la duda, la RDGRN de 28 de mayo de 1968 (8) se encargó de precisar cuál es el *dies a quo* o momento inicial para el cómputo del plazo de cuatro años de duración de las anotaciones preventivas, pues no es la misma la fecha a partir de la cual empieza a producir efectos la anotación preventiva que la fecha a partir de la cual comienza el cómputo del plazo de caducidad:

Considerando: Que lo mismo que en los supuestos de títulos perfectos ingresados en el Registro no juega —como sucede en los asientos de inscripción— la fecha del asiento de presentación para empezar a contar el plazo de vigencia de una anotación preventiva, sino que con arreglo al artículo 86 de la Ley, cualquiera que sea el origen, se contará desde el mismo día en que se practicó, idéntico criterio habrá de aplicarse cuando el asiento de presentación haya resultado prolongado como consecuencia de una anotación de suspensión y se haya practicado la anotación solicitada dentro de este plazo pues el artículo 86 mencionado como precepto especial no contiene excepción alguna, y con ello quedan garantizados los derechos de los titulares registrales.

Considerando: Que habiéndose extendido la anotación el 4 marzo 1963 y presentado el mandamiento de prórroga con anterioridad a que transcurriesen cuatro años desde aquella fecha, es forzoso reconocer la procedencia de la misma, que permitirá, además, en su día hacer eficaz la sentencia que se dicte, al continuar publicando el Registro hasta tanto la contienda finalice la situación litigiosa del inmueble, circunstancia esta última de

(8) RDGRN de 28 de mayo de 1968 (RJA, 1968, m. 3658, pág. 2457). En el mismo sentido, la RDGRN de 11 de noviembre de 1994 (BDA m. RJ 1994\8896).

DE LA RICA Y ARENAL, R., «Fecha de los asientos registrales», en *RCDI*, 1954, págs. 878-879, y 885, esp. pág. 885, también se pronuncia en términos similares, al sostener que la fecha propia de cada anotación, esto es, la fecha de su práctica y no la fecha del asiento de presentación, «produce, sin embargo, determinados efectos, sobre todo en relación con el cómputo de determinados plazos (...)». Esto se acusa más singularmente en lo que se refiere a las anotaciones preventivas, sujetas de modo general a la caducidad por transcurso de determinado lapso de tiempo, a contar desde su fechas».

Comparten la opinión del mencionado autor LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., pág. 248; ROCA SASTRE R. M.-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 311; RIFÁ SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, Montecorvo, 1983, págs. 511-512; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, cit., pág. 429; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario (Urbanismo y Registro)*, V, Madrid, Civitas, 1999, pág. 651; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 5, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 732-733, pues según este autor se deben favorecer siempre los intereses del sujeto titular o beneficiario del asiento registral; RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 190-191; CARBONELL SERRANO, V., «Cómputo del plazo de caducidad de la anotación de embargo: la STS de 16 de junio de 1998», en *Lunes* 4:30, n. 266, 2.ª quincena octubre, 1999, págs. 15-18, esp. pág. 17, quien apunta que «ello significa que la eficacia de las anotaciones dura cuatro años más un número de días variable en función del tiempo transcurrido entre la fecha de presentación del título y la fecha de la práctica de la anotación»; y VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.

tanta importancia que seguramente movió al legislador a modificar el artículo 199 segundo del Reglamento y establecer la prórroga indefinida.

Por el contrario, la STS (Sala 1.^a), de 16 de junio de 1998 (9), sostiene que el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas comienza en la fecha del asiento de presentación, al destacar que son «exactos los razonamientos según los cuales el plazo de caducidad de la anotación, según los artículos 24, 25, 17 y 86 de la Ley Hipotecaria, comienza con la fecha del asiento de presentación».

Con la reforma se resuelve definitivamente la duda interpretativa, ya que, con carácter general, el nuevo artículo 86, I LH ha establecido una duración de cuatro años para las anotaciones preventivas, a contar desde la fecha de su práctica (desde «la fecha de la anotación misma») y no desde la fecha del asiento de presentación del mandamiento judicial correspondiente.

Amparándose en los arts. 5 CC (10) y 109, II RH (11), la jurisprudencia (12) y la DGRN (13) entienden que, en los plazos fijados por años, la

(9) STS (Sala 1.^a), de 16 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\4898). Esta sentencia es criticada por CARBONELL SERRANO, V., «Cómputo...», *cit.*, págs. 15-18, esp. pág. 18, quien aduce, entre otros, los siguientes argumentos:

a) «Cuando el legislador ha querido utilizar como momento inicial del cómputo la fecha del asiento de presentación lo ha dicho expresamente, como sucede en el supuesto del artículo 205 del Reglamento Hipotecario, que nos dice que determinadas anotaciones pueden prorrogarse “hasta los ciento ochenta días de la fecha del asiento de presentación”».

b) En relación con la anotación preventiva por defecto subsanable, «si se aplicara el criterio que el Tribunal Supremo nos propone, tal anotación no tendría sentido: si los sesenta días se cuentan desde la presentación, resulta que dura lo mismo la anotación por defecto subsanable que el propio asiento de presentación, con lo cual no tendría ningún sentido la propia anotación».

(10) Este artículo dispone que «siempre que no se establezca otra cosa (...), si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha».

(11) Según este precepto «si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiese día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último del mes. Si el último día del plazo fuere inhábil, su vencimiento tendrá lugar el primer día hábil siguiente».

(12) *Vid.* las STS (Sala 1.^a), de 18 de mayo de 1981 (BDA m. RJ 1981\2056), en la que se razona que «a los efectos del cómputo de los plazos, si éstos estuviesen fijados por meses o años (...), se computarán «de fecha a fecha»», lo que significa que el último día del plazo «habrá de contarse por entero, venciendo, por tanto a las 24 horas del mismo»; de 6 de febrero de 1989 (BDA m. RJ 1989\668); y de 3 de octubre de 1990 (BDA m. RJ 1990\7468). Asimismo véase el ATSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal), de 6 de mayo de 1999 (*Lunes* 4:30, n. 263, 1.^a quincena septiembre, 1999, págs. 16-17), que además ha entendido que el período de vacación judicial (el mes de agosto) no es aplicable al cómputo de los plazos registrales.

(13) Así, las RRDGRN de 3 de junio de 1994 (BDA m. RJ 1994\4910), y de 11 de noviembre de 1994 (BDA m. RJ 1994\8896).

expresión «de fecha a fecha» significa que el día inicial (el día de la anotación) se debe incluir en el cómputo del plazo y que dicho plazo finaliza al terminar el día del mes igual al de la fecha inicial.

En este sentido, la RDGRN de 11 de noviembre de 1994 (14):

Tercero, (...) el cómputo de fecha a fecha, que el Código Civil prevé para los plazos fijados por meses o por años, implica que el día equivalente al inicial del cómputo (día inicial que en este caso y por imperativo del artículo 86 de la Ley Hipotecaria es el día en que se practicó la anotación) (...), forma parte del plazo, de modo que hasta las veinticuatro horas de dicha fecha (...) no puede tenerse por vencido ese plazo cuatrienal cuestionado. Así lo confirman:

a) El tenor literal de la expresión «fecha a fecha», así como el de la previsión relativa a la hipótesis de que en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, equivalencia que no puede interpretarse en otro sentido que en el de igualdad y en el de que ese día entre dentro de los que integran el plazo.

b) La congruencia entre los dos criterios establecidos por el artículo citado, pues, al excluir el cómputo de hora a hora, ambos tratan de asegurar que el plazo que se establezca, sea por días o por meses o años, se respete íntegramente, aunque para ello sea necesaria ampliarlo en una fracción del día inicial o del final (obsérvese que, de lo contrario, en el caso debatido, el plazo quedaría menoscabado en una fracción de ese día inicial) (...).

1.3. LA PRÓRROGA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS: SUS REQUISITOS

El legislador también ha sido consciente de la circunstancia de que ciertas anotaciones preventivas, especialmente las judiciales, puedan requerir un plazo de vigencia mayor para poder cumplir con su cometido específico (15).

A tal efecto, en el todavía vigente artículo 86, I LH se ha previsto la posibilidad de prorrogar las anotaciones preventivas por un plazo de cuatro años, cuando se cumplan dos requisitos:

a) Que la prórroga sea solicitada por el sujeto interesado en mantener la vigencia de la anotación o por mandamiento de la autoridad que la haya decretado.

En el caso de las anotaciones preventivas judiciales considero que, a pesar de la confusa redacción del anterior precepto (y del nuevo artículo 86, I LH, que en este punto repite su contenido), solamente procederá su prórroga cuan-

(14) RDGRN de 11 de noviembre de 1994 (BDA m. RJ 1994\8896).

(15) Vid. CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN de 31 de octubre de 1969», en AA.VV., *Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles-Centro de Estudios Hipotecarios, 1987, pág. 162.

do medie el correspondiente mandamiento judicial, sin que tampoco sea posible una prórroga de oficio por el registrador (16).

Es decir, el registrador no podrá prorrogar esas anotaciones ni por sí mismo ni a instancia de la parte procesal que la haya obtenido, ya que si dichas anotaciones han sido practicadas en virtud de un mandamiento judicial parece razonable que para su prórroga también sea necesario un nuevo mandamiento judicial en ese sentido (17), expedido por el órgano jurisdiccional que en su día las adoptó (18).

Esta es también la postura seguida por la RDGRN de 22 de octubre de 1980 (19):

Considerando: Que es indudable que la alternativa a que se refiere dicho artículo 86 de la Ley no tiene un carácter indiscriminado que permi-

(16) Vid. ROCA SASTRE R. M^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 312; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., en «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», en RCDI, 1991, pág. 971, y en *Comentarios...*, cit., págs. 734-736; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 651; Díez-PICAZO, L.-GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil, II*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 245; LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., págs. 248-249; LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN de 31 de diciembre de 1986», en RGD, 1988, n. 522, pág. 1170; RIFÁ SOLER, J. M., *La anotación...*, cit., pág. 515; y MANZANO SOLANO, A., *Derecho registral inmobiliario, II. Procedimiento registral ordinario*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1994, pág. 805.

Postura contraria es la que parece defender la RDGRN de 24 de abril de 1959 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral, IX*, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 705-709), al poner de manifiesto que «toda anotación preventiva de embargo caduca a los cuatro años de su fecha, según establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, a no ser que a instancia del interesado o por mandamiento de la autoridad que la decretó se prorrogue por otro plazo igual».

En la práctica, la prórroga de una anotación preventiva judicial siempre es acordada por una resolución del órgano jurisdiccional competente. Véanse, por ejemplo, los supuestos de hecho de la SAP de Huesca, de 14 de noviembre de 1992 (BDA m. AC 1992\1583); de la STS (Sala 1.^a), de 25 de febrero de 1997 (BDA m. RJ 1997\363); del ATS (Sala 1.^a), de 8 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5321); y de la STS (Sala 1.^a), 16 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\4898), en los que se solicitó al órgano jurisdiccional competente la prórroga de una anotación preventiva judicial.

(17) La postura aquí sostenida la confirman los arts. 38, II RHMPSD (Reglamento de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la posesión) y 309, II TRLRSOU (Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana).

(18) En cuanto a la forma de la resolución que acuerda la prórroga, el ATS (Sala 1.^a), de 8 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5321), considera admisible que dicha prórroga sea concedida por providencia:

Primero.—Integra el recurso que se resuelve, en primer lugar, la alegación de infracción formal, al haberse decidido por providencia y no por auto, la resolución que se impugna, alegación que no procede, ya que el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza dictar providencias sucintamente motivadas, contra la que en este trámite, cabe recurso de súplica y así lo ha admitido esta Sala en reiteradas ocasiones.

(19) RDGRN de 22 de octubre de 1980 (BDA m. RJ 1980\3792).

tiría utilizar cualquiera de los dos medios indistintamente, sino que ha de utilizarse el adecuado a la anotación que se desea prorrogar, y en este aspecto siempre que se trata de una anotación ordenada por la autoridad judicial es a ella a quien corresponde ordenar igualmente la prórroga, según se deduce del propio texto literal del mencionado artículo 86 y lo confirma el artículo 199,2 del Reglamento al reiterar la expresión «decretadas».

De no ser así, cuando se solicitara a instancia de parte la prórroga de la anotación preventiva podría «haberse ya extinguido la situación de pendencia procesal por caducidad de instancia o por cualquier otra circunstancia, y si el Juez no tuviere noticia de que se había solicitado esa prórroga, pedida a su espalda, la anotación, con los perjuicios que ella ocasiona al anotado, subsistiría cuando ya había cesado la causa que la justificaba» (20).

Como se ha señalado, «en el proceso civil, teniendo en cuenta el principio de justicia rogada que lo inspira y considerando que la instancia de parte es precisa, por regla general, para practicar la anotación misma, la prórroga debe ser pedida al Juzgado o Tribunal por el interesado. Mas, cuando se ventilen cuestiones no disponibles o estén afectados los derechos de menores o incapaces, el órgano jurisdiccional podrá acordar la prórroga de oficio. Lo mismo cabe decir del proceso penal, en el que los órganos judiciales proceden de oficio con gran frecuencia y, en particular, en materia de medidas cautelares patrimoniales y de ejecución de sentencias» (21).

Es conveniente destacar también que la RDGRN de 16 de mayo de 1968 (22) ha admitido practicar la prórroga de una anotación preventiva mediante la presentación del testimonio de la resolución judicial que ordenó dicha prórroga:

Considerando: Que en este expediente, en lugar del mandamiento se presentó el testimonio de la providencia judicial que ordenaba la prórroga, y aun cuando formalmente pudiera discutirse si este último documento era el adecuado, dados los rigurosos términos del artículo 257 de la Ley Hipotecaria, hay que tener en cuenta que el mandamiento no es más que la ejecución del acuerdo contenido en la resolución judicial, por lo que al presentarse ésta se contienen literal e íntegramente todos los particulares que el artículo 165 del Reglamento Hipotecario exige se inserten en el mandamiento; que además, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación se acompañó al testimonio el mismo mandamiento como documento complementario y así lo consideró el propio funcionario calificador al no practicar un asiento de presentación independiente del primero, por lo que huelga toda discusión en cuanto a la idoneidad del título, y por

(20) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios...*, cit., págs. 735-736.

(21) VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.

(22) RDGRN de 16 de mayo de 1968 (RJA, 1968, m. 3656, pág. 2456).

último que al constar en los libros registrales antes del vencimiento de la prórroga la constancia de una resolución judicial que establecía la continuación de la anotación, el necesario espíritu de colaboración que debe animar a los funcionarios para la mejor realización del Derecho, aconsejan estimar subsanado el defecto.

La RDGRN de 5 de octubre de 1993 (23) ha afirmado la competencia del secretario judicial para expedir el mandamiento de prórroga de una anotación preventiva, aduciendo que dadas las funciones de documentación, comunicación, ordenación e impulso procesal atribuidas al mismo, es competente para expedir un mandamiento que recoja la providencia dictada por el juez ordenando dicha prórroga, en contra de la postura del registrador, que negaba que un mandamiento librado por el secretario judicial pudiera servir de vehículo idóneo para la obtención de dicha prórroga por no estar expedido ni firmado por el órgano jurisdiccional, según ordena el artículo 257 LH.

Del artículo 86, I LH (tanto del todavía vigente como del nuevo) se deduce claramente que el órgano jurisdiccional competente para la prórroga de la anotación preventiva judicial es aquél que originariamente la haya adoptado.

Sin embargo, en orden a la adopción de la prórroga, esta norma de competencia funcional puede plantear problemas, especialmente cuando los autos no se encuentren ante el órgano jurisdiccional que haya acordado previamente la anotación, por haberse interpuesto sucesivos recursos de apelación, de casación o extraordinario por infracción procesal, razón por la que si el asunto ha pasado a conocimiento de otro órgano distinto del que la adoptó, «por analogía a lo establecido en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria para el caso de las cancelaciones (24), será órgano competente aquel que esté conociendo del asunto que dio origen a la misma» (25).

Esta interpretación es la seguida también por el AAT de Barcelona (Sala 2.ª), de 3 de febrero de 1967 (26), al sostener que:

Considerando: (...) Que de esa caducidad no puede librarle ninguna de las razones alegadas en el mencionado escrito, pues el hecho de que los

(23) RDGRN de 5 de octubre de 1993 (BDA m. RJ 1993\7931).

(24) En este precepto se dispone que «será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquél a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella».

(25) RIFÀ SOLER, J. M.ª, *La anotación...*, cit., pág. 515, siguiendo a CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios...*, cit., págs. 736 y 782. En el mismo sentido, LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN de 31 de diciembre de 1986», cit., pág. 1170.

(26) AAT de Barcelona (Sala 2.ª), de 3 de febrero de 1967 (RJC, 1968, págs. 227-228). Téngase en cuenta también los supuestos de hecho de la STS (Sala 1.ª), de 16 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\4898), y del ATS (Sala 1.ª), de 8 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5321).

autos no se hallaran en el Juzgado que había acordado primeramente aquella medida, por estarse sustanciando sucesivos recursos de apelación y de casación, no privaba a la parte, interesada en la continuidad de aquel asiento, de solicitar su prórroga por ante el Tribunal que estuviera conociendo del respectivo recurso en las fechas precisas, pues estaba en sus atribuciones examinar dicha concreta pretensión, cualquiera que fuere el momento procesal en que se hallare el asunto sometido a su jurisdicción.

Como ya se ha anticipado con anterioridad, la concesión de la prórroga por el órgano jurisdiccional no es un acto obligado, sino que éste la acordará si lo estima oportuno, esto es, si todavía concurren los presupuestos procesales necesarios para mantener la vigencia de la anotación preventiva.

Respecto de esta cuestión, el ATS (Sala 1.^a), de 8 de junio de 1998 (27), ha señalado que:

Primero.—(...) En cuanto al fondo, la providencia que es objeto de la suplicación, autorizó la prórroga por cuatro años de la anotación registral preventiva que refiere, practicada conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria, la que se lleva a cabo cuando se ordena mediante providencia judicial (art. 43). El artículo 86 de la Ley Hipotecaria autoriza con carácter general su prorrogación, lo que en cuestión queda sujeto a la libre decisión de los órganos judiciales correspondientes y en el presente caso se aconseja el mantenimiento de la referida cautela, al no haber desvirtuado la parte suplicante los hechos ni las causas que determinaron la providencia objeto del recurso.

(27) ATS (Sala 1.^a), de 8 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5321).

EL AAT de Barcelona (Sala 2.^a), de 15 de enero de 1979 (RJC, 1979, pág. 366), acordó la prórroga de una anotación preventiva de demanda, pero condicionándola a la prestación, por parte del actor, de una caución, la cual no se había exigido en el momento de la adopción de esa medida cautelar.

Por su parte, el AAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 13 de octubre de 1994 (RJC, 1995, págs. 124-125), consideró que uno de los presupuestos que hay que tener en cuenta para no prorrogar la anotación preventiva es si la situación de retardo en el procedimiento se debe a la pasividad o a la falta de diligencia de cualquiera de las partes, salvo que exista causa justa, y denegó la prórroga de la anotación porque «la conducta del actor, de pasividad o de retardo injustificado, se incardina en una utilización abusiva del ordenamiento jurídico-procesal, lo cual nunca puede ser amparado por los Tribunales».

Por mi parte, considero que la conducta del actor, de pasividad o de retardo injustificado, tendrá relevancia en relación con la caducidad del procedimiento, pero no podrá constituir uno de los presupuestos determinantes de la prórroga o no de la anotación.

En contra de lo anteriormente expuesto se posicionan ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 312, para quienes es obligatoria la concesión de la prórroga.

En otro orden de cosas, ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 312, y LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., pág. 249, puntualizan que para obtener la prórroga de una anotación preventiva no es necesario alegar una justa causa, que no exige el artículo 86, 1 L.H., y que no cabe considerar exigible en virtud de una aplicación analógica del artículo 96 L.H.

b) Que dicha prórroga haya sido solicitada antes de que caduque el asiento (28).

Según se desprende del todavía vigente artículo 86, I LH, la prórroga se hará constar en el registro por medio de una nueva anotación (29), siempre que dicha anotación haya sido practicada antes de que caduque el asiento objeto de tal prórroga.

Aunque según la literalidad de esta norma, la prórroga deberá haber sido anotada antes de que caduque el asiento de anotación preventiva, a mi parecer, la redacción de la misma no es todo lo acertada que cabría desear, pues el momento de la anotación de la prórroga no depende completamente de la voluntad del sujeto interesado en mantener la vigencia de la anotación inicial, sino también del órgano jurisdiccional y del registrador (30).

Tratando de favorecer al sujeto titular o beneficiario de la anotación preventiva —liberándolo de las dilaciones inevitables en el procedimiento de registración—, aun en contra del tenor literal del mencionado precepto y de la postura opuesta de la jurisprudencia (31), tal requisito se podría interpretar, como hace algún autor (32), en el sentido de que la prórroga deberá haber sido solicitada (no anotada) antes de que caduque la anotación preventiva practicada.

(28) RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación...*, cit., págs. 190-191, entiende que, a pesar de la terminología legal, el plazo no es propiamente de caducidad, «no sólo porque es susceptible de prórroga, computándose el plazo de cuatro años a partir de la fecha de la anotación, sino también porque, aun caducada la anotación preventiva de demanda, se puede solicitar y conceder de nuevo en cualquier momento».

(29) En este sentido, ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 313, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, cit., pág. 429.

(30) Así parecen pronunciarse ROCA SASTRE, R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 312-313, quienes consideran excesivamente dura la solución legal, alegando que «los interesados que han cumplido con presentar al Registro la petición u orden de prórroga durante la vigencia de la anotación no pueden depender de la mayor o menor diligencia del Registro en practicar el asiento de prórroga, ni el Registrador asumir la responsabilidad de una justificada tardanza en despacharla». RIFÁ SOLER, J. M.^a, *La anotación...*, cit., págs. 515-516, nota 18, considera desacertado este criterio legal y peligrosa una interpretación literal del mismo.

Por el contrario, VALDIVIESO POLATINO, J. L., «Aproximación...», cit., señala que dicho precepto «parece significar que no sería suficiente con presentar el título de la prórroga antes de aquella caducidad sino que se precisaría, además, que el asiento de prórroga se extendiese antes de la caducidad».

(31) *Vid.* el AAT de Barcelona (Sala 2.^a), de 3 de febrero de 1967 (RJC, 1968, págs. 227-228), según el cual la anotación preventiva de demanda únicamente puede prorrogarse «si se solicita y obtiene esa rehabilitación anotándose antes de que caduque la primera anotación».

(32) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil, III, La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, Madrid, Elera, 1995, pág. 439, entiende que el plazo inicial de cuatro años «puede prorrogarse —en principio por cuatro años— siempre que se solicite antes de que se produzca la caducidad (artículo 86 LH)».

Esta solución, sin embargo, no me parece admisible, pues podría atentar contra el principio de publicidad registral y perjudicar a los terceros que adquieran confiados en lo que publica el registro, ya que durante el indispensable lapso de tiempo que se produce entre la solicitud de la prórroga y su anotación, a causa de la necesaria intervención del órgano jurisdiccional y del registrador, podría suceder que una anotación preventiva que según el registro está caducada, días después conste como vigente en virtud de su prórroga.

Para rebajar la rigidez legal, lo que sí que admitía la DGRN, al amparo de los artículos 24 y 255 LH, era la posibilidad de prorrogar una anotación preventiva cuando el documento que ordenaba tal prórroga se había presentado antes de la caducidad de aquélla y, retirado para el pago del impuesto correspondiente, se había devuelto al registro una vez transcurrida la fecha de caducidad de la anotación pero dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación (33).

Digo «admitía» porque según ha declarado expresamente la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 3/5 de julio de 1980 (34), el asiento de prórroga no está sujeto a impuesto alguno.

(33) Así, la RDGRN de 15 de abril de 1968 (RJA, 1968, m. 3647, págs. 2451-2452):

Considerando: Que el hecho de que la caducidad opere automáticamente y que por ministerio de la Ley cesen los efectos o limitaciones que la anotación lleva consigo, no es óbice para pueda prorrogarse la misma si los documentos necesarios para practicarla se presentaron en tiempo y forma oportunos, aunque materialmente y por exigencia del despacho de oficina o por otra causa legalmente fundada, como ocurre en el presente caso, se realizase con posterioridad al día de vencimiento del asiento, ya que con arreglo al artículo 24 de la Ley se entenderá como fecha para todos los efectos que hayan de producirse la de presentación del título o mandamiento.

Considerando: A mayor abundamiento, que el artículo 255 de la misma Ley previene la suspensión de la calificación u operación solicitada cuando el título presentado no ha satisfecho el impuesto, con devolución del mismo al interesado, a fin de que, una vez pagado, se extienda el asiento pedido, con retroacción de sus efectos a la fecha de la presentación, siempre que sea dentro del plazo de vigencia del asiento mismo, tal como ha sucedido en el presente caso en que el mandamiento ingresó en el Registro con anterioridad a la fecha de caducidad de la anotación y, en consecuencia, es forzoso reconocer que habrá de procederse a extender la prórroga ordenada.

Esta doctrina se repite en la RDGRN de 16 de mayo de 1968 (RJA, 1968, m. 3656, pág. 2456), y encuentra sus orígenes en la de 18 de diciembre de 1963 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUJOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 1045-1047), que consideró que no era susceptible de prórroga una anotación preventiva de demanda, ya que la instancia presentada en el registro, solicitando tal prórroga, fue retirada para el pago del impuesto correspondiente, y fue presentada de nuevo después de haber expirado el plazo de vigencia del asiento de presentación.

(34) Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 3/5 de julio de 1980 (RIFÁ SOLER, J. M.^a, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, Montecorvo, 1983, págs. 477 y 516, nota 855).

Pero ello no excluye la realización de las operaciones necesarias para que conste la no sujeción (35), por lo que, en la actualidad, la DGRN, fundándose en los mencionados preceptos, viene admitiendo la posibilidad de prorrogar una anotación preventiva cuando el documento que ordena tal prórroga se haya presentado antes de la caducidad de aquélla y, retirado para que conste la no sujeción correspondiente, se haya devuelto al registro una vez transcurrida la fecha de caducidad de la anotación pero dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación (36).

En consecuencia, también procederá la prórroga cuando los documentos necesarios para practicarla (en nuestro caso, el mandamiento judicial que ordena la prórroga de la anotación inicial), se hayan presentado en tiempo y forma (37), aunque el asiento en el que la misma se haga constar se extienda

RIFÀ SOLER, J. M.^a, *La anotación...*, cit., pp. 477 y 516, nota 855, considera que, en virtud de la citada resolución, para la práctica de la anotación de prórroga en el registro bastará que el mandamiento judicial que la ordena se presente antes de que caduque la anotación y cumpla con todos los requisitos legales exigidos.

En el supuesto de hecho de la RDGRN de 18 de diciembre de 1963 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 1045-1047), se considera exenta del pago del impuesto correspondiente la prórroga de una anotación preventiva de demanda.

(35) El artículo 254 LH dispone que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir».

Respecto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, insiste en la regla general del artículo 254 LH, el artículo 54 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Por su parte, el Reglamento de dicho impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, regula en su artículo 122 el «cierre registral» si no consta nota en el documento el pago de la liquidación, exención o no sujeción.

(36) *Id.*, al efecto, los supuestos de hecho de las RDGRN de 30 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5244); de 1 de julio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5957); y de 2 de julio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5958).

(37) Así, por ejemplo, la RDGRN de 5 de diciembre de 1991 (BDA m. RJ 1991\5952), que consideró improcedente la prórroga de una anotación preventiva de embargo, porque el mandamiento en que se ordenaba dicha prórroga ingresó en el registro con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad.

Id. también las RRDGRN de 26 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5241); de 27 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5242); de 29 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5243); de 30 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5244); de 1 de julio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5957); y de 2 de julio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5958), que deniegan la prórroga de una anotación preventiva judicial aduciendo que la misma había caducado antes de la fecha de presentación del mandamiento en que se ordena la prórroga en el Registro de la Propiedad.

Segundo.—Como ya tiene declarado reiteradamente este centro directivo, la claridad con que se produce el artículo 86 de la Ley hipotecaria; el carácter radical automático de la caducidad como modo de extinción de asientos que nacen con vida limitada una vez llegado el día predeterminado; la trascendencia «erga omnes» de la institución y de la normativa rectora de su funciona-

con posterioridad a la fecha del vencimiento de la anotación, ya sea por exigencias del despacho de la oficina o por otra causa legalmente fundada (38).

Esta interpretación la sostiene, entre otras muchas, la RDGRN de 14 de septiembre de 1990 (39):

Segundo.—La única cuestión a decidir, por tanto, es la de determinar si ha caducado o no la anotación cuya cancelación se pretende cuando aunque no se haya anotado la prórroga antes de transcurrir los cuatro años de su vigencia, se había presentado ya dentro de este plazo el mandamiento ordenándola.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, ha de considerarse como fecha del asiento para todos los efectos que deba producir, mientras la Ley no disponga otra cosa, la de presentación del respectivo título en el Registro. No puede estimarse, pues, caducada la anotación debatida ni, por consiguiente, puede accederse a su cancelación en tanto no caduque el asiento de presentación del mandamiento ordenando la prórroga. Dicho mandamiento ha sido presentado durante la vigencia de la anotación y, por ende, es posible aún su prórroga, aunque materialmente, y por

miento; la naturaleza misma de la prórroga sólo predicable respecto de los asientos que se hallen en vigor, determinan la imposibilidad de prorrogar una anotación (...) que ya había caducado cuando el mandamiento en que se ordena aquélla fue presentado en el Registro, y ello con independencia de las concretas causas que en el caso debatido provocaran el retraso en la presentación y que no pueden ventilarse en el estrecho marco del recurso gubernativo.

(38) Esta es la solución seguida, en relación con la prórroga de la anotación preventiva de las demandas de tanteo o retracto sobre buques, por el artículo 167, III RRM de 1956, todavía vigente en virtud de la Disposición transitoria 13ª del RRM de 1996, al disponer que para su prórroga el mandamiento correspondiente deberá presentarse en el registro antes de que caduque el asiento.

(39) RDGRN de 14 de septiembre de 1990 (BDA m. RJ 1990\7149).

En la misma línea de la anterior, véanse las RRDGRN de 28 de mayo de 1968 (RIA, 1968, m. 3658, pág. 2457); de 19 de abril de 1988 (BDA m. RJ 1988\3360); de 11 de julio de 1989 (BDA m. RJ 1989\5954); de 11 de noviembre de 1994 (BDA m. RJ 1994\8896); de 27 de julio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5983); y de 30 de julio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5987).

Vid. asimismo CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios...*, cit., pág. 737; MANZANO SOLANO, A., *Derecho...*, cit., pág. 805; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 651; GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La prescripción y el tiempo en el Registro de la Propiedad», en BDPCGPJ (Base de datos Publicaciones del CGPJ; 14 / 1995 / Páginas 353-412. Código CC951407), nota 81; y DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», cit., pág. 900, para quien «basta que el mandamiento de prórroga se presente en el Registro antes de vencer el primer plazo». Este último autor, «Fecha...», cit., pág. 879, sostiene que «la Ley de Reforma Hipotecaria o incurrió en una ligereza de redacción o quebró la línea normal de la arquitectura del sistema», pues «dado nuestro sistema y el absorbente papel que desempeña el asiento de presentación, debería interpretarse aquel precepto en el sentido de que la petición o el mandamiento de prórroga se *presenten* en el Registro antes de que la anotación haya cumplido el tiempo de caducidad». Véase asimismo, del mismo autor, *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 197-198.

exigencias del despacho de la oficina o por otra causa legalmente fundada, la operación haya de realizarse con posterioridad al vencimiento de la anotación, pero dentro del plazo de vigencia de aquel asiento de presentación (...).

Asimismo, siempre que el mandamiento judicial para la prórroga de la anotación se haya presentado ante el registro dentro del plazo de vigencia de la anotación preventiva, no se podrá considerar caducada la anotación, aunque la prórroga no pueda ser anotada por adolecer tal mandamiento de algún defecto subsanable.

En este último caso se podrá practicar una anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables, que según el artículo 96 LH tendrá una vigencia de sesenta días, que se podrá prorrogar hasta ciento ochenta días por causa justa y en virtud de providencia judicial.

Si durante la vigencia de aquel asiento o de su prórroga no se hubiesen subsanado los defectos apuntados por el registrador, será necesario presentar un nuevo mandamiento judicial por duplicado (art. 257 LH), cuando tales defectos se hayan subsanado, y se podrá prorrogar la anotación preventiva practicada, siempre que no haya ya caducado (40).

La doctrina de la DGRN expuesta en los párrafos precedentes, a mi juicio, ha sido acertadamente recogida por el legislador en el nuevo artículo 86, I LH, según el cual las anotaciones preventivas judiciales «podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento».

Por último, señalar que, para evitar eventuales confusiones respecto del *dies a quo* para el cómputo de la prórroga, según el nuevo artículo 86, I LH «la anotación preventiva prorrogada caduca a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga».

1.4. LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS Y SUS EFECTOS

Si no se solicita la prórroga de una anotación preventiva o si se solicita dicha prórroga pero se presenta el correspondiente mandamiento judicial cuando la anotación ya haya caducado, será imposible mantener la vigencia de dicha anotación (41), con la consecuencia lógica de que la misma dejará

(40) Sin que quepa en este caso, según la RDGRN de 1 de febrero de 1960 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 766-768), remitir el antiguo mandamiento ya calificado con una certificación librada por el secretario del órgano jurisdiccional en la que aparezcan subsanados los defectos apreciados.

(41) *Vid.* al respecto, entre otras muchas, las RDGRN de 14 de septiembre de 1914 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IV, Barcelona,

de producir sus efectos característicos (42), *ipso iure*, automáticamente y *erga omnes*, aunque no se haya cancelado formalmente, y «con total independencia o abstracción de si sobrevive o no el derecho o la situación jurídica que motivó la práctica del asiento» (43).

La RDGRN de 9 de noviembre de 1955 (44) destaca que la anotación preventiva caducada dejará de producir efectos con independencia de su cancelación formal:

Considerando que la jurisprudencia y la doctrina atribuyen a la caducidad carácter radical y automático que extingue, por el mero transcurso del plazo legal, el asiento que nació con vida limitada y cuya virtualidad dura sólo hasta el día predeterminado en el que se produce su extinción sin

Bosch, 1953, págs. 1089-1091); de 18 de diciembre de 1963 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 1045-1047); de 19 de abril de 1988 (BDA m. RJ 1988\3360); de 25 de septiembre de 1992 (BDA m. RJ 1992\6924); de 26 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5241); y de 30 de julio de 1998 (BDA m. RJ 1998\5987).

(42) Vid. ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 307-308; MANZANO SOLANO, A., *Derecho...*, cit., pág. 805; y VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.

Sobre las consecuencias negativas que se derivan de la no prórroga y consiguiente caducidad de una anotación preventiva judicial, y, en concreto, sobre la imposibilidad de seguir enervando la fe pública registral y de evitar la aparición de terceros protegidos *ex* artículo 34 LH, véanse las RDGRN de 12 de julio de 1956 (RJA, 1956, m. 2555, pág. 1739); de 4 de abril de 1960 (RJA, 1960, m. 1287, págs. 843-844); de 30 de junio de 1967 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, XI, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 266-270); de 31 de octubre de 1969 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, XI, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 458-465); de 13 de marzo de 1972 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, XI, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 603-606), en su supuesto de hecho; de 4 de febrero de 1986 (BDA m. RJ 1986\1005); de 31 de diciembre de 1986 (BDA m. RJ 1986\7888); de 28 de septiembre de 1987 (BDA m. RJ 1987\6576); de 27 de octubre de 1993 (BDA m. RJ 1993\8026); y de 6 de abril de 1994 (BDA m. RJ 1994\3067), y las STS (Sala 1.^a), de 3 de abril de 1993 (BDA m. RJ 1993\2786); y de 17 de noviembre de 1995 (BDA m. RJ 1995\8735).

Vid. también el supuesto práctico recogido por REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, «La cancelación, por nulidad de la inscripción de una donación, ¿supone la de las anotaciones preventivas de embargos dictados contra el donatario, después de haber caducado la anotación preventiva de demanda?», en *BCRE*, n. 9, 1995, pág. 2188, y en *Lunes* 4:30, n. 173, 1.^a quincena septiembre 1995, págs. 4-5.

La STS (Sala 1.^a), de 17 de noviembre de 1995 (BDA m. RJ 1995\8735), consideró al abogado responsable frente a su cliente porque, por negligencia profesional, dañó los intereses cuya defensa le había sido encomendada, al haber dejado transcurrir el plazo de vigencia de una anotación preventiva judicial, habiéndose dado lugar a su cancelación automática, por no haber solicitado la prórroga de tal anotación preventiva en tiempo oportuno y por no haber solicitado una nueva anotación. Véase también la SAP de Asturias (Sección 4.^a), de 21 de abril de 1998 (BDA m. AC 1998\4477).

(43) VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.

(44) RDGRN de 9 de noviembre de 1955 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 385-390).

necesidad de operación registral alguna, y por ello, aunque no se haya extendido la nota marginal (de cancelación) (45) correspondiente, el asiento caducado no podrá producir efectos.

Por su parte, la RDGRN de 7 de octubre de 1994 (46) también pone de manifiesto que «la caducidad de los asientos que nacen con duración prede-

(45) La inserción del paréntesis es mía.

(46) RDGRN de 7 de octubre de 1994 (BDA m. RJ 1994\7796). En el mismo sentido, véanse también la RDGRN de 24 de abril de 1959 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 705-709); la de 1 de febrero de 1960 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 766-768); la de 30 de junio de 1967 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, XI, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 266-270); el supuesto de hecho de la de 13 de marzo de 1972 (ROCA SASTRE, R. M.^a-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, XI, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 603-606); la de 9 de septiembre de 1991 (BDA m. RJ 1991\6232); la de 8 de marzo de 1999 (BDA m. RJ 1999\1371); la de 17 de marzo de 1999 (BDA m. RJ 1999\2178); la de 16 de abril de 1999 (BDA m. RJ 1999\2217); la de 18 de junio de 1999 (BDA m. RJ 1999\4741); la de 15 de julio de 1999 (BDA m. RJ 1999\4759); y la de 30 de octubre de 1999 (BOE de 1 de diciembre de 1999), y la SAP de Teruel, de 22 de abril de 1998 (BDA m. RJ 1998\4427).

Explícitos son al respecto LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., pág. 247, al señalar que «la caducidad opera *ipso iure* (...). Su efecto es automático. No se precisa solicitud por parte de los interesados, ni el consentimiento del titular registral, ni el mandato del Juez. Transcurrido el plazo de vigencia, el asiento deja de producir efectos: al producirse la caducidad queda jurídicamente extinguido, aun cuando subsista su expresión material». En el mismo sentido, ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., en *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 307-308, 314 y 329, y en *Derecho hipotecario (Dinámica registral)*, VI, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 389; DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones...*, cit., pág. 292; MONTES REYES, A., *Registro...*, cit., pág. 136; CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN de 31 de octubre de 1969», cit., pág. 163; ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el registro mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1993, pág. 111; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, cit., págs. 428-429; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Madrid, Civitas, 1988, pág. 849, quien destaca que «el concepto de vigencia es fácilmente aprehensible, pues mientras no conste la cancelación de un asiento se presume vigente. No obstante, hay algunos supuestos de asientos sujetos a plazo de caducidad que no constan formalmente cancelados. En tales casos, no puede considerarse vigente el asiento (...), pues la falta de cancelación es una formalidad, ante la caducidad resultante del propio asiento y de su naturaleza»; y VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.

En contra se manifiestan MOUTAS MERAS, R., «El problema...», cit., págs. 157-158 y 162, esp. pág. 162, para quien «no es posible la caducidad, registralmente considerada, sin un asiento cancelatorio», por lo que mientras la anotación caducada no se cancele seguirá produciendo efectos frente a terceros, y RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación...*, cit., págs. 199-200, respectivamente, al afirmar que «la anotación preventiva de demanda se extingue exclusivamente por cancelación, en base a uno de los motivos que pueden dar lugar a la misma» y que «lo mismo ocurre respecto a la caducidad, que no opera automáticamente, sino que exige la cancelación». Sigue la posición de este último autor, CABALLERO ESCRIBANO, C., «La anotación preventiva de demanda», en AC, 1991, pág. 651.

terminada se opera de modo radical y automático una vez llegado el día prefijado, aun cuando no se haya cancelado aún dicho asiento».

Dicho de otro modo, «antes de que la caducidad se manifieste en el Registro mediante la cancelación, ya produce sus efectos, es decir, el asiento carece de eficacia» (47).

La caducidad de la anotación preventiva no opera retroactivamente o *ex tunc*, sino a partir de la fecha en la que la misma se produce o *ex nunc*, por lo que no cesan los efectos propios de la anotación producidos con anterioridad a su caducidad (48).

Por ello, «los actos practicados durante la vigencia de la anotación, resultan afectados por ésta, aunque después se produzca la caducidad, lo que es lógico teniendo en cuenta que, si la finalidad esencial de la anotación preventiva es la enervación de la fe pública registral, no puede buscar el amparo de ésta última aquél que realizó su acto jurídico, precisamente, cuando estaba vigente el asiento destinado a enervar la creencia general en la corrección de las inscripciones registrales» (49).

La STS (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 1967 (50), pone de manifiesto que la anotación preventiva vincula a los terceros que hayan adquirido estando la misma vigente aunque después se haya cancelado por caducidad:

Considerando: (...) Que aunque la anotación preventiva, según el artículo 86 de la L.H, caduca a los cuatro años si antes de dicho plazo no se ha pedido su prórroga, como ha sucedido en el presente caso, y aunque se haya cancelado la anotación por dicha causa antes de terminar el pleito, lo que también ha sucedido, ello ha de afectar sólo a los terceros adquirentes que inscriban después de cancelada la anotación; pero los que adquirieron e inscribieron vigente aquélla, al dictarse sentencia en el pleito, no podrán alegar ignorancia, ya que la anotación les advirtió de la incertidumbre del derecho de quien aparecía como titular registral y ya no dependía, el cese de dicha incertidumbre, de la vigencia o de la caducidad de la nota, sino

(47) MONTES REYES, A., *Registro...*, cit., pág. 136, quien recuerda que «en los demás supuestos en que procede la cancelación, no se producirán efectos hasta el momento en que conste dicha cancelación en el Registro».

(48) ASÍ, LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. D. A., *Elementos...*, cit., pág. 222; DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», cit., págs. 899-900; ROCA SASTRE R. M.-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 309; y LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN de 31 de diciembre de 1986», cit., pág. 1170.

Vid. asimismo TORMO SANTONJA, M., «¿Puede cancelarse una hipoteca de fecha anterior pero inscrita con posterioridad a una anotación de demanda, cuando la sentencia firme se presenta subsanada al registro, y ya ha caducado la anotación», en *BCRE*, n. 24, 1997, págs. 915-916, y en *Lunes* 4:30, n. 202, 2.ª quincena diciembre 1996, págs. 3-4, de la cual no comparto la postura que sostiene en las últimas líneas de su trabajo.

(49) VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.

(50) STS (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 1967 (RJA, 1967, m. 4867, págs. 3408-3410).

de la resolución que dictara el Tribunal que habría de ser de obligado acatamiento en todo caso: desde otro punto de vista tampoco han de poder acogerse, dichos terceros (porque les faltará la buena fe indispensable), a una cancelación pedida por ellos al amparo del núm. 13 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, a sabiendas de que el pleito no estaba resuelto y prevaleciéndose de que había transcurrido el plazo de caducidad de la anotación; la mala fe, desde el punto de vista registral no equivale al dolo, sino simplemente al conocimiento del evento que puede frustrar su expectativa (...).

En términos similares se pronuncia la STS (Sala 1.ª), de 28 de junio de 1966 (51):

Considerando: Que lo mismo sucede con el requisito de la buena fe en su título originario, a efectos exclusivamente registrales, (...) (que) debe subsistir precisamente en el momento en que se consume el negocio jurídico traslativo concertado y no en otro posterior según se infiere del principio general del Derecho: «mala fides superve niens, non nocet» y como al suscribirse la escritura (...) ya constaba en la Oficina inmobiliaria que la transferente no era tabularmente dueña, sino poseedora del fundo transmitido y como al consumarse la venta (...) mediante la entrega del precio pactado estaba anotada preventivamente la demanda de nulidad que dio origen a la sentencia firme (...), reflejándose así en la inscripción de posesión causada a favor del demandado, de ahí que no pueda estimarse que el mismo, y según los datos registrales, desconociera la posibilidad de que pudieran existir vicios en el título de su colitigante, y que por ello no quede inmunizado con arreglo al indicado artículo 34 de los efectos destructores de la Regla «resolute iure cedentis, resolvitur ius concessum», por lo que la acción ejercitada, en cuanto se refiere a la nulidad de la escritura aludida y de la inscripción que causó en el Registro, así como a la que ahora se

(51) STS (Sala 1.ª), de 28 de junio de 1966 (RJA, 1966, m. 3554, págs. 2254-2255) (la inserción del paréntesis es mía).

En relación con la anotación preventiva de la demandada del juicio declarativo en oposición al procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, destaca la STS (Sala 1.ª), de 18 de noviembre de 1993 (BDA m. RJ 1993\9149), que los efectos perjudiciales para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria dictada en el proceso declarativo de oposición se producirán cuando los terceros adquirieran el bien con posterioridad a la cancelación de la anotación, pero no cuando hayan adquirido estando vigente la anotación aunque ésta resulte cancelada después, ya que en este último caso «la buena fe del adquirente está demostrado que no concurría (...), pues ya conocía la existencia de la anotación cuyo vigor no puede desaparecer al cancelarla por aplicar automáticamente el artículo 131 regla 17».

Sin embargo, el ATSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal), de 6 de mayo de 1999 (*Lunes* 4:30, n. 263, 1.ª quincena septiembre, 1999, págs. 17-19), ha señalado que, desde un punto de vista puramente registral, la caducidad de la anotación preventiva de la demanda de retracto legal «produce que las cargas posteriores se anticipen en orden y no sea posible su cancelación».

solicita debe prosperar, sin que ello se desvirtúe por las circunstancias de que con posterioridad a su adquisición por parte del demandado, se cancelara la anotación preventiva antes reseñada (...) y en virtud de lo dispuesto en el párr. 3 del artículo 355 del Reglamento Hipotecario se transformase en dominical el asiento posesorio practicado a favor de dicho señor, porque, como se ha expresado antes, los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley citada, han de concurrir en el instante en que se adquiera el inmueble, y no en otro distinto, por lo que lo ocurrido después carece de eficacia para subsanar la ausencia de cualquiera de ellos.

De lo expuesto se puede concluir que, en estos casos, la extinción de la anotación preventiva por caducidad no da lugar *per se* a responsabilidad extracontractual por parte de su solicitante.

Sobre este punto, es también interesante la RDGRN de 31 de diciembre de 1986 (52), en la que se establece que:

Primero.—En el presente caso fue denegada una anotación de demanda porque la finca aparece inscrita a favor de persona distinta del demandado.

Ciertamente el titular registral había adquirido la finca cuando todavía estaba vigente una anterior anotación de la misma demandada, pero caducada esta primera anotación por no haberse solicitado oportunamente prórroga de la misma; la inscripción de la adquisición quedó libre de la restricción de efectos determinada por esa primera anotación. La única cuestión que plantea el recurrente es la de si en estas actuaciones es posible menoscabar los efectos, ya plenos, de la inscripción vigente, dado que, conforme asevera el mismo auto apelado, resulta incierta la existencia de la buena fe del actual titular registral, evidentemente ello no es posible. Por el contrario, la calificación registral ha de partir de la plena eficacia de los asientos del Registro, los cuales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no sean rectificados por los medios o procedimientos legalmente señalados. Sólo en el correspondiente juicio, entablado contra el titular registral, podrá el Juez —y no ya el Registrador— resolver sobre la buena o mala fe del titular registral y si hubo o no adquisición simulada o fraudulenta, con la consiguiente trascendencia para el Registro.

(52) RDGRN de 31 de diciembre de 1986 (BDA m. RJ 1986\7888). Esta RDGRN es comentada favorablemente por LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN de 31 de diciembre de 1986», *cit.*, pág. 1170, quien, basándose en la STS (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 1967 (RJA, 1967, m. 4867, págs. 3408-3410), pone de manifiesto que si el tercero ha adquirido vigente la anotación y posteriormente ésta ha caducado, aquél no podrá alegar a su favor, contra la sentencia estimatoria, la protección registral del artículo 34 L.H., porque carecerá de la buena fe necesaria, pues adquirió conociendo el estado litigioso de la finca.

Véanse también las RDGRN de 31 de octubre de 1969 (ROCA SASTRE, R. M.ª-DE MOLINA JUVOL, L., *Jurisprudencia registral*, XI, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 458-465), y de 9 de septiembre de 1991 (BDA m. RJ 1991\6232).

Cuestión distinta de la planteada anteriormente es que caducada una anotación preventiva de embargo, dicha anotación pierda su prioridad y las cargas posteriores a la misma ganen rango y preferencia respecto de aquélla, pues como precisa la RDGRN de 15 de julio de 1999, «en cuanto a las cargas posteriores, porque si bien es cierto que los asientos practicados a favor de los actuales titulares registrales pudieran nacer subordinados a la anotación preventiva de embargo, también lo es que en el momento en que la anotación preventiva se extinga, cesa aquélla situación, se consolidan las titularidades registrales afectadas y ya no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los asientos vigentes si no es con el consentimiento del respectivo titular registral o por resolución judicial firme dictada en procedimiento entablado directamente contra él» (53).

En otro orden de cosas, cabe plantearse cuál es la posición del tercero que adquiere el bien o derecho real litigioso cuando ha caducado ya la anotación preventiva. Advierte DE LA RICA Y ARENAL que «cabría también, piensan algunos, la solución de que el tercero, aunque cancelada por caducidad la anotación, se presuma conocedor de la existencia del litigio y sea desprovisto de la cualidad de buena fe necesaria para gozar de la protección de la fe pública. Pero en este caso resultaría el absurdo de que la anotación, aun después de cancelada, seguiría surtiendo efecto si vinculaba al tercer adquirente. Y sobre todo equivaldría a destruir la esencia publicitaria del Registro, pues lo que en el Registro no consta no debe perjudicar al adquirente» (54).

A continuación, dicho autor precisa que «sin embargo, si el adquirente tenía conocimiento de que el pleito en que se decretó la anotación aún estaba *sub judice*, sin resolverse por sentencia firme, aunque la anotación se hubiese

(53) RDGRN de 15 de julio de 1999 (BDA m. RJ 1999\4759), que se apoya, entre otras, en las de 8 de marzo de 1999 (BDA m. RJ 1999\1371); de 17 de marzo de 1999 (BDA m. RJ 1999\2178); de 16 de abril de 1999 (BDA m. RJ 1999\2217); y de 18 de junio de 1999 (BDA m. RJ 1999\4741). Asimismo siguen esta doctrina la RDGRN de 30 de octubre de 1999 (BOE de 1 de diciembre de 1999), y de 30 de septiembre de 1999 (BDA m. RJ 1999\6902). Véanse también los ATSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal), de 6 de mayo de 1999 (*Lunes 4:30*, n. 263, 1.ª quincena septiembre, 1999, págs. 16-17), y de 23 de septiembre de 1999 (*Lunes 4:30*, n. 273, 2.ª quincena febrero, 2000, pág. 21), y GARCÍA GARCÍA, J. M.ª, «La inconstitucionalidad...», *cit.*, pág. 9.

(54) DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», *cit.*, págs. 899-900, y nota 13. Así se manifiestan también ROCA SASTRE R. M.ª-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), *cit.*, págs. 327-328, sosteniendo que, en caso de anotación preventiva caducada, la consulta al registro es insuficiente por sí misma para colocar en situación de mala fe al tercer adquirente. Por su parte, DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.ª, *Calificación registral de documentos judiciales*, Barcelona, Bosch, 1985, pág. 110, aunque entiende que «desde el momento de su caducidad la anotación deja de operar su función de advertencia al tercero y en consecuencia, el principio de legitimación del artículo 34 tiene libre juego», con posterioridad parece reconocer alguna virtualidad a la anotación preventiva caducada para destruir la buena fe.

cancelado por caducidad podría ser impugnada su buena fe y verse privado de la protección del artículo 34. Pero esto es materia exclusivamente de la jurisdicción, no de la calificación registral» (55).

En términos similares se pronuncia la SAP de Teruel, de 22 de abril de 1998 (56), al señalar que caducada una anotación preventiva judicial, aun cuando no se haya cancelado todavía dicho asiento, «debe presumirse la buena fe del adquirente (posterior a la fecha de caducidad) salvo que se demuestre que conocía la inexactitud del Registro (art. 34.2 de la Ley Hipotecaria)», y la STS (Sala 1.ª), de 29 de julio de 1999 (57), resolviendo que concurre buena fe en el sujeto que ha inscrito su adquisición en el registro al constar canceladas por caducidad todas las anotaciones preventivas de embargo.

Por otro lado, aun habiendo caducado la anotación preventiva originariamente practicada, se podrá solicitar y adoptar, en cualquier momento, una nueva anotación preventiva, siempre y cuando concurren los presupuestos procesales (58) y los requisitos registrales (59) necesarios para ello (60).

(55) DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», *cit.*, págs. 899-900, y nota 13.

(56) SAP de Teruel, de 22 de abril de 1998 (BDA m. RJ 1998\4427) (la inserción del primer paréntesis es mfa).

(57) STS (Sala 1.ª), de 29 de julio de 1999 (BDA m. RJ 1999\5909). Sin embargo, de la STS (Sala 1.ª), de 16 de junio de 1998 (BDA m. RJ 1998\4898), podría deducirse que la existencia de una anotación preventiva judicial, aunque caducada, hace que los terceros tengan conocimiento del proceso en curso, y que por lo tanto les pueda ser oponible el resultado del mismo.

(58) Así RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación...*, *cit.*, pág. 191.

El AAT de Barcelona (Sala 2.ª), de 3 de febrero de 1967 (RJC, 1968, págs. 227-228), no adoptó la anotación preventiva solicitada de nuevo porque la solicitud carecía de base y fundamentos suficientes. En concreto, porque «puede afirmarse que, ni por la naturaleza de la acción ejercitada puesta en relación con la titularidad registral de la finca a que la demanda se refiere, ni por cuanto se desprende del referido testimonio de particulares, cabe entenderse comprendida la petición de la actora en lo previsto en el artículo 42, número 1 de la Ley antes citada, que ella invoca, y por lo tanto, no debe mantenerse tampoco por dicha vía el proveído cuya reposición se pide».

(59) Así, la anteriormente reproducida RDGRN de 31 de diciembre de 1986 (BDA m. RJ 1986\7888).

En el mismo sentido la RDGRN de 9 de septiembre de 1991 (BDA m. RJ 1991\6232), que deniega la práctica de una nueva anotación preventiva judicial por no cumplirse el principio de tracto sucesivo. En concreto, entiende que no puede practicarse una anotación preventiva de embargo si la finca figura inscrita a favor de una persona distinta de la embargada, aunque el embargo haya sido anotado anteriormente por anotación que, vigente al adquirir la finca del embargado el titular actual, caducó posteriormente, pues aunque es cierto que el asiento practicado a favor del titular registral actual nació subordinado a la anotación, también lo es que, en el momento en que la anotación se extingue, cesa la sujeción que ésta supone, se purifica la titularidad registral afecta y desde entonces ya no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de aquél si no es con su consentimiento o por resolución judicial dictada en procedimiento entablado directamente contra él.

(60) Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, *cit.*, pág. 429.

No obstante téngase presente que, en este último caso, en el período de tiempo que media entre la caducidad de la anotación preventiva judicial originariamente adoptada y la práctica de una nueva anotación, el demandado podrá haber realizado transmisiones o actos de disposición en favor de terceros de buena fe que podrán atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria (61).

1.5. LA CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA CADUCADA

A raíz de lo dispuesto por el artículo 86, II LH (tanto por el aún vigente como por el nuevo), según el cual «la caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado», parte de la doctrina ha resaltado la antinomia existente entre este precepto y el artículo 83, I de la misma norma, que dispone que «las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria» (62).

Por mi parte, comparto aquella opinión doctrinal (63) que niega dicha contradicción; afirma la compatibilidad entre ambos preceptos, basándose

(61) Vid. ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 319.

(62) Vid. MOUTAS MERAS, R., «El problema...», cit., pág. 161.

(63) Entre otros, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, (con CALDERÓN CUADRADO, M.^a P.), Granada, Comares, 1996, pág. 79; LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., págs. 245-249; ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 312-313; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios...*, cit., págs. 744, 748 y 784; Díez-PICAZO, L.-GULLÓN, A., *Instituciones...*, cit., pág. 249; RIFÁ SOLER, J. M.^a, *La anotación...*, cit., págs. 513-514; MENCHÉN BENÍTEZ, B., «La cancelación...», cit., págs. 824-825; y DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», cit., págs. 896-897. Como precisa este último autor (p. 896), «el concepto de caducidad, aunque lleve aparejada la cancelación, es muy diferente al de cancelación propiamente dicha en virtud de título que refleje un consentimiento del lesionado o una orden de la autoridad».

Señalan ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 305 y 309-310, que la cancelación por caducidad no tiene la eficacia normal de los asientos cancelatorios, ya que no extingue ningún asiento, sino que simplemente constata formalmente una extinción ya acontecida.

En sentido contrario se manifiestan MOUTAS MERAS, R., «El problema...», cit., pág. 162, aduciendo que «los Principios Generales de Derecho, contruidos sobre bases históricas, científicas y doctrinales, nos enseñan que los asientos practicados en el Registro únicamente se cancelarán previo el consentimiento de aquél de quien dimanen y, por tanto, si la anotación preventiva se produjo por mandamiento judicial, únicamente se cancelará cuando la misma autoridad lo consienta»; RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación...*, cit., pág. 199, para quien «la anotación preventiva de demanda se extingue exclusivamente (...) en virtud de mandamiento judicial en la generalidad de los casos»; y especialmente VÁZQUEZ GUERRA, J., «Cancelación de las anotaciones preventivas por caducidad. Auto-

principalmente en los arts. 174, III, y 207, I y II RH; y afirma que resulta procedente que el registrador, a instancia del titular del dominio o derecho real inscrito afectado por el asiento caducado, haga constar, por nota marginal cancelatoria (64), la caducidad, sin que sea exigible para ello la presentación de un mandamiento que contenga la resolución judicial ordenando la cancelación de la anotación (65).

En el citado artículo 174, III RH se dispone que:

Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial y las practicadas en virtud de escritura pública, cuando procediere la cancelación y no consintiere en ella aquél a quien ésta perjudique, no se cancelarán sino en virtud de resolución judicial que sea firme, por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo. Se exceptúa el caso de caducidad por ministerio de la Ley.

Por su parte, el también mencionado artículo 207, I y II RH prescribe que:

La cancelación se practicará mediante la presentación del testimonio de la resolución judicial firme o mandamiento donde se ordene la cancelación, escritura pública o documento en que se acredite el hecho determinante de aquella o, en su caso, solicitud de los interesados.

ridad y título para practicarla», en *RGD*, 1948, págs. 284-289, esp. pág. 285, quien, a pesar de reconocer que la norma permite la cancelación por caducidad a instancia de parte interesada, se muestra crítico con esta solución, ya que «no parece guardar estrecha armonía con el mecanismo registral del título hábil para la realidad del proceso cancelatorio y con el principio de autoridad que incumbe a quien ordenó la práctica del asiento para acordar con posterioridad su cancelación», es decir, porque «se produce un cambio subjetivo en la autoridad que acordó, observando el adecuado trámite adjetivo, la extensión del asiento, y una mutación o alteración en la forma y solemnidad del título en que se fundó el registrador para la práctica del asiento, y con posterioridad provocar la cancelación del mismo».

Por su parte, MANZANO SOLANO, A., *Derecho...*, cit., pág. 804, parece sostener la opinión de que cabe la cancelación de la anotación preventiva caducada tanto a instancia de parte como mediante un mandamiento judicial.

(64) Resalta DE LA RICA Y MARITORENA, R., «La cancelación...», cit., pág. 1310, que «es regla, casi general, que la cancelación por caducidad del asiento se practique por medio de nota marginal, sin la solemnidad de un asiento principal cancelatorio». Comparten su opinión ROCA SASTRE R. M.²-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 314 y 329, por analogía con lo establecido en el artículo 206-13 RH; LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., pág. 245; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios...*, cit., págs. 748 y 784; y VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.

(65) Esta parece ser la idea perseguida por el legislador de 1944, según se deduce de la exposición realizada por el Ministro de Justicia, señor AUNÓS (DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad de las anotaciones preventivas judiciales», en *RDPRIV.*, 1952, pág. 895), en el discurso pronunciado ante las Cortes en defensa del proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria:

En los casos de caducidad, bastará solicitud del dueño del inmueble o derecho real afectado, ratificada ante el Registrador.

Por lo tanto, para cancelar una anotación preventiva judicial caducada no será necesario un mandamiento judicial al efecto, y bastará la solicitud del dueño del inmueble o derecho real objeto de la anotación (66), tal y como sostienen tanto la jurisprudencia (67) como la DGRN (68).

El régimen ahora vigente admite ya, en algunos casos, la caducidad de las anotaciones; pero la cancelación de la mayoría de ellas exigía una providencia de la misma autoridad que hubiese ordenado su constitución, lo que generalmente daba lugar a que el titular de la finca o derecho sobre el cual se había impuesto la anotación se viese obligado, supliendo una manifiesta negligencia, a solicitar la cancelación de un acto que, sobre no haberlo solicitado, perturbaba su propia situación hipotecaria. Era, pues, necesario, tanto por el carácter provisional de dichos asientos como para obviar las anomalías mencionadas, que se estableciera un plazo de caducidad lo suficientemente largo a fin de evitar que quedasen indefensas situaciones dignas de protección; pero impidiendo a la vez que por la pasividad o mala fe del que las hubiese solicitado llegasen a perpetuarse situaciones jurídicas que razones de interés particular y del tráfico inmobiliario imponen considerar como meramente transitorias.

(66) Esta es también la solución a la que llegan los arts. 40, III, y 42, II RHMPSP.

Como matiza DE LA RICA Y ARENAL, R., *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 198, para pedir la cancelación por caducidad «sólo será parte legítima el titular del inmueble o del derecho que resultaren afectados o perjudicados por la anotación. No habría tampoco inconveniente en reputar parte legítima al propio titular del derecho anotado; pero éste, en la práctica, nunca tendrá interés en la caducidad».

(67) Así, la STS (Sala 1.ª), de 28 de enero de 1960 (RJA, 1960, m. 444, págs. 276-277).

(68) Así parecen pronunciarse, implícitamente, las RDGRN de 26 de septiembre de 1991 (BDA m. RJ 1991\6237), al poner de relieve que aunque una anotación preventiva de demanda esté improcedentemente practicada por no estar dirigida contra el titular registral de la finca, su cancelación requiere el consentimiento del titular de la misma o una resolución judicial en juicio declarativo entablado contra aquél, pues por lo demás no «puede afirmarse todavía la caducidad del asiento (vid. artículo 86 de la Ley Hipotecaria)», y de 27 (26) de julio de 1961 (ROCA SASTRE, R. M.ª-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 880-883) (la cursiva es mía). Esta última RDGRN es comentada positivamente por LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN de 26 de septiembre de 1991», en *RGD*, 1992, n. 570, págs. 3150-3152.

En términos similares y con contundencia se pronuncia la RDGRN de 7 de febrero de 1986 (BDA m. RJ 1986\1009):

Tercero.—Para cancelar una anotación preventiva, artículo 83 de la Ley, se requerirá providencia ejecutoria a través del mandamiento correspondiente y en base a la resolución judicial firme, sin que el Registrador sea competente para proceder a la cancelación por simple petición de parte, *excepción hecha de los supuestos de caducidad del asiento (artículo 86 de la Ley y 355 [353, en la actualidad] del Reglamento)* (la cursiva y la inserción del corchete son míos).

Esta RDGRN es también criticada favorablemente por LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN de 7 de febrero de 1986», en *RGD*, 1986, págs. 3825-3826.

Con claridad se manifiesta también la RDGRN de 16 de marzo de 1959 (RJA, 1959, m. 1216, págs. 734-735), al afirmar que en caso de caducidad «la cancelación de las

Según la STS (Sala 1.ª), de 28 de enero de 1960 (69), para la cancelación por caducidad de las anotaciones preventivas judiciales no será necesario un mandamiento judicial al efecto:

Considerando: Que en el segundo motivo del recurso, por idéntico cauce procesal del primero, se denuncia la violación de los artículos 83 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento y la aplicación indebida del 86 de la Ley, basándose para ello el recurrente en que la anotación preventiva de la demanda acordada en el juicio en que se decretó la nulidad de las ventas de la finca hechas por el actor al señor S. C., y por éste al demandado señor R. como hecha por orden judicial, sólo por otra del mismo rango podía ser cancelada conforme al artículo 83 y como consecuencia, la acordada por caducidad del artículo 86 es ilícita; y teniendo en cuenta que con ello crea el recurrente un problema artificial al no existir contradicción alguna entre ambos preceptos, puesto que el artículo 83 regula una cancelación procesal de las anotaciones preventivas en tanto que el 86 establece un plazo de caducidad y por ende la cancelación de derecho, para todas las anotaciones cualquiera que sea su origen, a los cuatro años de su fecha y buena prueba de ello es que exige la prórroga para evitar la caducidad de las decretadas por Autoridad y que el 174 del Reglamento aducido en el recurso, al regular la cancelación de las anotaciones tomadas en virtud de mandamiento judicial y exigir para ello resolución del mismo grado, exceptúa expresamente el caso de caducidad por ministerio de la Ley (...).

Esta excepción a la regla general de cancelación en virtud de mandamiento judicial, se justifica por la especificidad de la caducidad como causa de cancelación y por la finalidad de conseguir una máxima celeridad en el pro-

anotaciones preventivas podrá solicitarse por el dueño del inmueble o derecho real anotado».

Vid., en el mismo sentido, las RDGRN de 24 de febrero de 1915 (GARCÍA GIL, M.-GARCÍA GIL, F. J., *Jurisprudencia registral, civil, mercantil e hipotecaria*, Barcelona, Bosch, 1989, pág. 300)***, según la cual «las inscripciones obrantes en los Registros de la Propiedad están bajo el amparo de los Tribunales y sólo pueden ser canceladas en virtud de providencia ejecutoria, cuando los interesados no han manifestado su consentimiento en escritura o documento auténtico, aparte de los casos en que el derecho inscrito se extinga por declaración de la ley o por su propia naturaleza» (la cursiva es mía); de 9 de noviembre de 1955 (ROCA SASTRE, R. M.ª-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 385-390); y de 3 de junio de 1961 (ROCA SASTRE, R. M.ª-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 860-864), según la cual «cuando las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial quedasen extinguidas por circunstancias que consten en el mismo Registro (...), la providencia ejecutoria que para la cancelación impone como regla general el artículo 83 de la Ley Hipotecaria es innecesaria», ya que «su obtención sería superflua y dilatoria».

(69) STS (Sala 1.ª), de 28 de enero de 1960 (RJA, 1960, m. 444, págs. 276-277). Véase, en el mismo sentido, la STS (Sala 1.ª), de 28 de junio de 1966 (RJA, 1966, m. 3554, págs. 2254-2255).

ceso cancelatorio en beneficio del sujeto afectado por la carga registral que implica la anotación.

Quienes, de acuerdo con la STS (Sala 1.^a), de 30 de noviembre de 1967 (70), no podrán solicitar la cancelación de la anotación preventiva caducada serán los terceros que adquirieron e inscribieron durante la vigencia de aquélla:

Considerando: (...) Que aunque la anotación preventiva, según el artículo 86 de la LH, caduca a los cuatro años si antes de dicho plazo no se ha pedido su prórroga, como ha sucedido en el presente caso, y aunque se haya cancelado la anotación por dicha causa antes de terminar el pleito, lo que también ha sucedido, ello ha de afectar sólo a los terceros adquirentes que inscriban después de cancelada la anotación; pero los que adquirieron e inscribieron vigente aquélla, al dictarse sentencia en el pleito, no podrán alegar ignorancia, ya que la anotación les advirtió de la incertidumbre del derecho de quien aparecía como titular registral y ya no dependía, el cese de dicha incertidumbre, de la vigencia o de la caducidad de la nota, sino que la resolución que dictara el Tribunal que habría de ser de obligado acatamiento en todo caso: desde otro punto de vista tampoco han de poder acogerse, dichos terceros (porque les faltará la buena fe indispensable), a una cancelación pedida por ellos al amparo del número 13 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, a sabiendas de que el pleito no estaba resuelto y prevaliéndose de que había transcurrido el plazo de caducidad de la anotación; la mala fe, desde el punto de vista registral no equivale al dolo, sino simplemente al conocimiento del evento que puede frustrar su expectativa (...).

Sentado esto, hay que añadir que del artículo 206-13 RH se deduce la posibilidad de que la cancelación por caducidad no sólo se pueda realizar por el registrador a instancia de parte sino también de oficio, al señalar que procederá la cancelación de las anotaciones preventivas «cuando caducare la anotación por declaración expresa de la Ley, en cuyo caso se hará constar, de oficio o a instancia del dueño del inmueble o del derecho real afectado, por nota marginal».

Para salvar la eventual contradicción entre el artículo 86, II LH y el artículo 206-13 RH, RIFA SOLER entiende, basándose en el artículo 353-3, I y II RH (71) —el cual permite una cancelación de oficio por el registrador, al

(70) STS (Sala 1.^a), de 30 de noviembre de 1967 (RJA, 1967, m. 4867, págs. 3408-3410).

(71) En este precepto se dispone que:

Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación.

A este efecto, se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación y se practicará mediante extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.

expedirse una certificación de cargas o al practicarse cualquier asiento relativo a la finca o derecho real anotado—, que «ante la primacía de lo que dispone la Ley Hipotecaria, no cabrá la cancelación de oficio, salvo en el supuesto del artículo 355 (353, en la actualidad) (72) del Reglamento Hipotecario, en cuyo caso se entenderá que el Registrador no actúa de oficio, sino que esta cancelación ha sido pedida en forma presunta por el interesado, al solicitar la certificación de cargas, no quedando la cancelación de un asiento por caducidad sujeta al pago del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados» (73) (74).

Al respecto, la doctrina de la DGRN, al igual que la científica (75), también se encuentra dividida, pues mientras, por un lado, se sostiene la opi-

(72) La inserción del paréntesis es *mfa*.

(73) *Vid.* la Resolución de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 19 de febrero de 1952 (RIFÁ SOLER, J. M.^a, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, Montecorvo, 1983, pág. 514); CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 748; y la RDGRN de 16 de marzo de 1959 (RIA, 1959, m. 1216, págs. 734-735), en la que se establece que:

Considerando: Que la solicitud de que se extienda un asiento para la ineficacia del derecho afectado, que en algunos casos es de obligada práctica por el funcionario sin petición de parte, como sucede con la certificación de cargas, que, conforme al artículo 355 (353, en la actualidad) del Reglamento, por sí misma lleva implícita la necesidad de cancelación de las que estuviesen caducadas, sin exigir un previo examen del Liquidador del Impuesto de Derechos Reales, porque de la legislación vigente se desprende que afecta únicamente a todos los actos que entrañen una transmisión de bienes, y no a los que constituyen simples pretensiones carentes de contenido patrimonial (la inserción del paréntesis es *mfa*).

(74) RIFÁ SOLER, J. M.^a, *La anotación...*, *cit.*, pág. 514. Por su parte, VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», *cit.*, destaca que «la nota marginal de cancelación por caducidad no se extiende de oficio, aunque la mecánica para ello se parece bastante al procedimiento de oficio», ya que «como el Reglamento dice que se entenderá pedida la cancelación que proceda por el solo hecho de solicitarse la certificación de cargas, parece que solo la petición de certificación hecha por quien puede pedir la cancelación podría provocar la extensión de la nota marginal, pues sólo esa petición podría entrañar petición de cancelación al estar limitada la legitimación para este tipo de peticiones (...). No obstante, tampoco hay obstáculo para la interpretación extensiva, a la vista de la automatización de la caducidad y de que el artículo 353 no establece distinción alguna. De hecho, se suelen practicar cancelaciones cualquiera que sea el peticionario de la certificación».

(75) No admiten la cancelación de oficio de la anotación caducada, MOUTAS MERAS, R., «El problema...», *cit.*, pág. 161, según el cual no se halla «en toda la legislación hipotecaria precepto alguno facultando al registrador para disponer la cancelación *per se* de las anotaciones preventivas dispuestas por mandamiento judicial; todo lo más, encontramos una cancelación de oficio, pero que se estima legalmente solicitada, en caso de caducidad de asientos (artículo 355 del Reglamento Hipotecario -artículo 353, en la actualidad-)» (la inserción del texto entre guiones es *mfa*); ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), *cit.*, págs. 313-314; RIFÁ SOLER, J. M.^a, *La anotación...*, *cit.*, pág. 514; y DE LA RICA Y ARENAL, R., en *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, pág. 198, y en «La caducidad...», *cit.*, pág. 900. Para defender su postura, el último de los autores citados explica, en su segunda obra citada, que «el Reglamento, quizá por haber reproducido con alguna ligereza el número 16 del artículo 164 del de 1915, que disponía

nión del mencionado autor en las RRDGRN de 16 de marzo de 1959 (76), y de 26 de junio de 1986 (77), por otra parte, las RRDGRN de 9 de noviembre de 1955 (78); de 12 de julio de 1956 (79); y de 1 de febrero de 1960 (80), fundándose en el artículo 206-13 RH, defienden que es siempre posible la cancelación de oficio del asiento de anotación preventiva caducado.

Por mi parte, considero que se pueden suscribir plenamente las palabras de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, según los cuales «el artículo 86 L.H. se refiere a la constancia registral (mediante cancelación) de la caducidad a instancia del favorecido por ella, pero no prohíbe la cancelación de oficio, que permite, en cambio, expresamente el artículo 206-13 RH, *cuando caducase la anotación por declaración expresa de la ley*; esto es razonable, dado que la caducidad opera automáticamente, y la cancelación se limita a repetir algo que consta ya en el Registro» (81).

No obstante, se debe tener en cuenta la matización que realiza CAMY SÁNCHEZ-CANETE, quien, tratándose de anotaciones preventivas judiciales, considera que es posible la cancelación de oficio cuando no se hayan prorrogado. Si se han prorrogado, la cancelación de oficio no será posible, pues ni el registrador conocerá si en el procedimiento judicial se ha dictado ya sen-

que la cancelación por caducidad se practicara siempre de «oficio», admite en el núm. 13 del artículo 206 que dicha cancelación pueda practicarse de cualquiera de los dos modos: *de oficio o a instancia del dueño* del inmueble o del derecho real sobre el que recaiga la anotación». También siguen esta postura CHICO Y ORTIZ, J. M.^o, *Estudios... (II)*, cit., págs. 1095-1096 y 1248, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho... (V)*, cit., pág. 651.

Por el contrario, la admiten, LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., págs. 245-249; ROCA SASTRE R. M.^o-ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho... (IV, 1997)*, cit., pág. 313; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios...*, cit., págs. 748 y 784; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, cit., pág. 429; DE LA RICA Y MARITORENA, R., «La cancelación...», cit., pág. 1295; MANZANO SOLANO, A., *Derecho...*, cit., pág. 804, afirmando éste que «cuando la caducidad se produce por declaración expresa de la Ley, el Registrador puede hacerla constar de oficio (artículos 86 L.H.^a y 206.13 R.H.), generalmente por medio de nota marginal (caso del artículo 353.3 R.H.)»; y, aunque implícitamente, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 79.

(76) RDGRN de 16 de marzo de 1959 (RJA, 1959, m. 1216, págs. 734-735).

(77) RDGRN de 26 de junio de 1986 (BDA m. RJ 19863844).

(78) RDGRN de 9 de noviembre de 1955 (ROCA SASTRE, R. M.^o-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 385-390). En la RDGRN de 24 de abril de 1959 (ROCA SASTRE, R. M.^o-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 705-709), también se recoge un supuesto de cancelación de oficio de una anotación preventiva judicial caducada.

(79) RDGRN de 12 de julio de 1956 (RJA, 1956, m. 2555, pág. 1739).

(80) RDGRN de 1 de febrero de 1960 (ROCA SASTRE, R. M.^o-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 766-768).

(81) LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., pág. 249. En el mismo sentido parecen pronunciarse ROCA SASTRE R. M.^o-ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho... (IV, 1997)*, cit., pág. 313, al opinar que «sería lógico admitir la constancia registral de oficio por el Registrador, dado que puede apreciarla con datos simples del Registro». Esta es también la solución a la que llegan los arts. 40, III y 42, II RHMPSP.

tencia firme y si, en su caso, ésta se ha ejecutado registralmente, ni el órgano jurisdiccional está obligado a comunicarle ese hecho (82).

Esta es la postura que parece seguir la STS (Sala 1.^a), de 28 de junio de 1966 (83):

Considerando: Que en cambio debe rechazarse el pedimento contenido en la súplica de la demanda relativo a que se declare nula la cancelación realizada de oficio por el Registrador de la Propiedad en cuanto a la anotación preventiva de la demanda que dio origen al pleito terminado por sentencia firme (...), porque, aparte de constituir una petición intrascendente en el estado actual de las actuaciones, el pronunciamiento que lo acordase contravendría lo dispuesto en el artículo 86, párrafo 1, de la L. H. y 206, número 13, y 207, párrafo 2, de su Reglamento, al no poder entrar en juego el 83 del primer texto legal ni el 199 de la disposición que lo desenvuelve modificado por Decreto de 17 de marzo 1959, por no concurrir en el supuesto aquí contemplado el requisito de la prórroga, que sirve de presupuesto indispensable para su aplicación.

Esta matización ya no podrá ser mantenida con el nuevo artículo 86, 1 LH, que introduce un sistema de prórrogas ulteriores y sucesivas.

2. LA DURACION, LA PRORROGA Y LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES

2.1. UNA PRIMERA SOLUCIÓN DE ORIGEN REGLAMENTARIO:

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 199 RH Y LA PRÓRROGA INDEFINIDA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA JUDICIAL HASTA QUE SE DICTE UNA SENTENCIA FIRME EN EL PROCESO EN QUE SE HAYA ADOPTADO

A pesar de la posibilidad de prorrogar las anotaciones preventivas judiciales por cuatro años más (84), dado el colapso en el que, en ocasiones, se encontraba inmersa —y todavía hoy se sigue encontrando así—, nuestra Ad-

(82) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., en *Comentarios...*, cit., págs. 779, 784 y 784, y en «Comentario a la RDGRN de 30 de junio de 1967», en *RDPRIV.*, 1967, pág. 904.

Por el contrario, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 79, entiende que, una vez terminado el proceso principal, la cancelación de la anotación deberá ser ordenada por el órgano jurisdiccional.

(83) STS (Sala 1.^a), de 28 de junio de 1966 (RJA, 1966, m. 3554, págs. 2254-2255).

(84) Como se deduce del todavía vigente artículo 86, 1 LH, y como ponen de manifiesto las RDGRN de 7 de marzo de 1957 (RJA, 1957, m. 1517, pág. 992), y de 16 de marzo de 1959 (RJA, 1959, m. 1216, págs. 734-735), la prórroga de una anotación preventiva sólo puede ser concedida una vez.

Vid., en el mismo sentido, ROCA SASTRE R. M.^o-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 311; MENCHÉN BENÍTEZ, B., «La cancelación...», cit., pág. 825; y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, cit., pág. 429.

ministración de Justicia, antes de la reforma del artículo 199 RH se estaba produciendo la circunstancia de que determinadas anotaciones preventivas judiciales y, en particular, las de demanda, caducaban antes de que se hubiera dictado una sentencia firme en el proceso principal, con la consecuencia de que no podían garantizar plenamente sus resultados (85).

Tanto la doctrina hipotecarista (86) como la DGRN (87) advirtieron los perjuicios que podían derivarse de esta situación en contra de los intereses del sujeto favorecido por la anotación. Esta situación se daba principalmente en aquellos casos en los que, por agotarse todos los recursos procesales, el litigio se prolongaba más allá de los plazos, inicial y prorrogado, previstos para la anotación preventiva (88).

A tal problema se intentó poner remedio con la reforma reglamentaria operada por el Decreto de 17 de marzo de 1959 (89), que añadió un segundo párrafo al artículo 199 RH, en el que se dispone que:

(85) Vid. MONTES REYES, A., *Registro...*, cit., pág. 149.

(86) Véanse, entre otros, DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», cit., págs. 899-903; MOUTAS MERAS, R., «El problema...», cit., pág. 161; MENCHÉN BENÍTEZ, B., «La cancelación...», cit., pág. 826, quien afirma que «lo que interesa es que la anotación no se eternice en los libros, que llegue un día en que caduque, en el que se pueda cancelar sin trámites ni complicaciones. Pero el plazo de duración debe ser lo suficientemente amplio para que no queden sin protección los intereses que se trata de garantizar»; y GARCÍA GARCÍA, J. M., «La inconstitucionalidad de la caducidad de anotaciones judiciales del artículo 86 de la Ley Hipotecaria y la constitucionalidad de la prórroga de anotaciones judiciales del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario», en *Lunes* 4:30, n. 222, 1.ª quincena noviembre, 1997, pág. 9.

(87) Vid. las RDGRN de 7 de marzo de 1957 (RJA, 1957, m. 1517, pág. 992), y de 16 de marzo de 1959 (RJA, 1959, m. 1216, págs. 734-735), que, transcurridos ocho años desde la práctica de una anotación preventiva judicial y por imperativo del artículo 86, I LH, negaron la posibilidad de prolongar su vigencia hasta que recayera resolución firme en el litigio, aunque pusieron de relieve, respectivamente, «la conveniencia de revisar dicho precepto: apreciándose nuevamente por el legislador los intereses en conflicto para impedir casos como el que motiva este expediente en los que puede quedar incumplida la finalidad de garantía y desamparados los derechos que se juzgaron dignos de protección», y procurándose «de manera más adecuada que coincida la duración de las anotaciones con la de los procedimientos judiciales en que se funden».

Estas RDGRN tienen como precedente la de 9 de noviembre de 1955 (ROCA SASTRE, R. M.-DE MOLINA JUYOL, L., *Jurisprudencia registral*, IX, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 385-390), según la cual «la experiencia aconseja que las anotaciones preventivas no debieran sujetarse a tal caducidad».

(88) Si el ordenamiento jurídico posibilitaba la adopción de una anotación preventiva judicial en el momento inicial del proceso, carecía de sentido cortar su vigencia en un momento intermedio de su tramitación; en otro caso, la finalidad con ella perseguida, que persistía durante todo el proceso, podía quedar frustrada, con el consiguiente posible entorpecimiento y esterilidad del mismo litigio en curso.

(89) En su Exposición de Motivos se justifica esta reforma con la siguiente argumentación:

VL.—La prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial en determinadas circunstancias estaba impuesta por la experiencia procesal

Las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley, hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas.

Como ha señalado una parte de la doctrina (90) y de la jurisprudencia (91), este precepto que, en principio, simplemente desarrolla lo dispuesto por el aún vigente artículo 86, I LH, se excede un tanto en sus funciones de desarrollo, pues constituye una excepción a la regla general, en materia de caducidad, establecida por la citada norma legal, según la cual las anotaciones preventivas tendrán una duración máxima de ocho años.

Sobre el particular es bien ilustrativo el AAP de Cádiz (Sección 5.ª), de 26 de septiembre de 1996 (92):

Segundo.—(...) el segundo párrafo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, en su reforma operada por Decreto 19 marzo 1959, (...) no se muestra muy respetuoso con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, es más, lo infringe abiertamente puesto que un asiento eminen-

y era unánimemente solicitada para impedir que la caducidad de tales asientos se convirtiera en arma inadmisibles de litigantes de mala fe (...).

(90) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 79, quien destaca que el precepto reglamentario «no es muy respetuoso del artículo 86, I LH»; LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., pág. 249; MONTES REYES, A., *Registro...*, cit., pág. 150, quien señala que «el Decreto se salió de su cometido e hizo pinitos de Ley»; AVILA NAVARRO, P., *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 132; VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit.; y ROCA SASTRE R. M.-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 318-323, quienes consideran que era conveniente modificar el régimen de caducidad de las anotaciones preventivas judiciales, pero señalando que la fórmula adoptada no es oportuna, pues se deroga reglamentariamente la regla (legal) general de caducidad y se elimina prácticamente la caducidad de los asientos registrales de anotación preventiva ordenados por la autoridad judicial, los cuales quedarán prorrogados indefinidamente a menos que se cancelen en los casos previstos por los arts. 198 y 206 RH.

El mismo problema anterior lo advierte MENCHÉN BENTÍEZ, B., «La cancelación...», cit., págs. 826-827, respectivamente, al señalar que «para las anotaciones prorrogadas se acabó la caducidad propiamente dicha. ¿Quién se acordará de traer al Registro, después de varios años de pleito, la resolución definitiva, firme, necesaria para cancelar por caducidad?», y vaticinar que se volverá «a tener panteón de anotaciones muertas». En términos similares se pronuncian VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación...», cit., y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La prescripción...», cit., nota 82, al destacar que «la falta de caducidad de las anotaciones, sobre todo, las judiciales (...), es fuente de pervivencia de cargas extinguidas, con las consiguientes quejas de los perjudicados que sólo se ocupan de la depuración y purga de sus fincas y derechos cuando van a acudir, por supuesto con urgencia, al crédito hipotecario».

(91) Así, el AAP de Cádiz (Sección 5.ª), de 26 de septiembre de 1996 (BDA m. AC 1997\2146).

(92) AAP de Cádiz (Sección 5.ª), de 26 de septiembre de 1996 (BDA m. AC 1997\2146).

temente temporal, cuya vigencia establece el precepto legal en cuatro u ocho años dependiendo de si existe o no la prórroga por mor de un mero precepto reglamentario viene a adquirir una vigencia indefinida, y en el caso de autos se extiende más allá de lo dispuesto en la propia Ley, infringiéndose así el principio de jerarquía normativa y con ello la seguridad jurídica.

Ciertamente que el desarrollo reglamentario de una Ley que se constituirá en su interpretación auténtica si la hubiese hecho el legislador, lo que no ocurre en el caso de autos, permite el matizar, precisar sus contornos y definir su ámbito de aplicación, pero no puede contradecirla de manera abierta y flagrante. Por ello, haciendo uso de las facultades que nos otorgan los artículos 9, 103 y 106 de la Constitución Española, así como los artículos 6 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entendemos que no debe aplicarse el Reglamento Hipotecario, en concreto el párrafo 2 del artículo 199.

Por el contrario, tanto la mayor parte de la doctrina (93) y de la jurisprudencia (94) como la DGRN (95), amparándose en razones de justicia material

(93) Como botón de muestra, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, Civitas, 1997, § 2, pág. 332, nota 59, quien, al comentar el artículo 199, II RH, argumenta que esta disposición «aunque aparentemente en contra del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, responde actualmente a principios constitucionales, pues no es lo mismo sancionar con caducidad a los cuatro años al demandante que ha incurrido en la negligencia de no solicitar la prórroga, que el caso de anotación judicial ya prorrogada, en que ya no cabe solicitar más prórrogas conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, pero que sin culpa del demandante ni de los órganos judiciales, el proceso dure más que la prórroga. Es un precepto que evita indefensión y que supone colaboración con los Tribunales de Justicia y con la eficacia de las resoluciones judiciales». Este mismo autor reitera su argumentación en *Derecho... (V)*, *cit.*, pág. 651, y en «La inconstitucionalidad...», *cit.*, págs. 8-10.

CÁNOVAS COUTIÑO, G., «Los comentarios de Ramón de la Rica a la reforma del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, 1959, pág. 635, recoge la postura de DE LA RICA Y ARENAL:

Y aunque reconoce que aquí el Reglamento se desvía o rebasa la directriz legal, hay dos circunstancias, más que atenuantes que absolutorias, que la justifican.

Una, que el precepto del artículo 86 de la ley se juzgaba por un gran sector doctrinal, en lo que se refiere a las anotaciones de demanda y de embargo, contradictorio con el 83 de la propia hipotecaria, determinativo de que tales anotaciones sólo por providencia ejecutoria pueden cancelarse. Y otra, que cuando la experiencia pone de relieve el error de una disposición legal, sus peligros e inconvenientes no es censurable que el Reglamento, sin salirse del precepto legal para los supuestos normales, los atenúe, modifique o interprete en forma más justa para los supuestos anormales que puedan presentarse.

(94) *Vid.* la STS (Sala 1.ª), de 17 de junio de 1949 (RJA, 1949, m. 937, págs. 570-573); el AAP de Castellón, de 3 de mayo de 1993 (BDRGID, ref. 93/9.184); el AAP de Barcelona, de 25 de junio de 1993 (BDRGID, ref. 93/12.399); el AAP de Madrid, de 14 de febrero de 1994 (BDRGID, ref. 94/7.098); y el AAP de Barcelona (Sección 16.ª), de 22 de enero de 1996 (BDRGID, ref. 96/7.262).

(95) *Vid.* las RDGRN de 25 de septiembre de 1972 (RJA, 1972, m. 4447, págs.

y en una interpretación finalista o teológica de la norma, entienden, explícita o implícitamente, que el mencionado precepto no es ilegal, pues lo perseguido por la anotación preventiva judicial debe persistir durante toda la pendencia del proceso, ya que en otro caso su finalidad se vería frustrada.

Para garantizar la aplicación de lo dispuesto por el artículo 199, II RH, la DGRN exige que quien solicite la cancelación por caducidad de una anotación preventiva judicial prorrogada deberá justificar, una vez transcurridos ocho años desde su extensión, la terminación del proceso en que se decretó (96).

2.2. UNA SEGUNDA SOLUCIÓN DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL: LA NECESARIA PRÓRROGA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES HASTA QUE EL FALLO ESTIMATORIO ACCEDA AL REGISTRO

Con independencia de la legalidad o no del artículo 199, II RH, la realidad práctica ha demostrado que, en ciertos casos, no es suficiente que la anotación preventiva judicial mantenga su vigencia hasta que recaiga una resolución firme en el proceso en el que tal anotación preventiva y su prórroga han sido decretadas.

3327-3328); de 24 de mayo de 1990 (BDA m. RJ 1990\4368); de 25 de mayo de 1990 (BDA m. RJ 1990\4369); de 11 de abril de 1991 (BDA m. RJ 1991\3144); de 27 de octubre de 1993 (BDA m. RJ 1993\8026); y de 29 de mayo de 1998 (BDA m. RJ 1998\4461).

(96) Así lo estableció, en relación con la anotación preventiva de la medida cautelar de prohibición de disponer, la RDGRN de 24 de mayo de 1990 (BDA m. RJ 1990\4368):

Tercero.—Practicada la anotación preventiva de la prohibición de disponer como vía de aseguramiento de las resultas del pleito en que aquélla se ordenó, es evidente que tal medida cautelar, ha de poder subsistir en tanto ese pleito se concluya; si el Ordenamiento posibilita su adopción en el momento inicial, carece de sentido cortar su vigencia en ese momento intermedio de la tramitación (sin perjuicio de la exigencia de requisitos especiales para su continuidad); en otro caso, la finalidad con ella perseguida, que persiste durante todo el proceso, quedaría frustrada con el consiguiente entorpecimiento y posible esterilidad del mismo litigio en curso. Es por ello que el artículo 199 del Reglamento Hipotecario exige para la cancelación de las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial, una vez transcurridos ocho años desde su extensión, la justificación de la terminación del proceso en que se decretaron, lo que al no haberse acreditado en el presente supuesto impide acceder a la cancelación.

Asimismo, para la anotación preventiva de embargo, véanse las RDGRN de 25 de mayo de 1990 (BDA m. RJ 1990\4369), y de 11 de abril de 1991 (BDA m. RJ 1991\3144).

ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 79, entiende que en este caso, una vez terminado el proceso principal, la cancelación de la anotación deberá ser ordenada por el órgano jurisdiccional.

Es cierto que existen pronunciamientos judiciales que, una vez firmes, pueden acceder directamente al registro sin necesidad de ninguna otra actuación, dependiendo ello tan solo del arbitrio del demandante vencedor o del ejecutante. Pero otras veces es inevitable que medie un indeterminado lapso de tiempo entre dicho pronunciamiento firme y su ejecución o actuación registral. Si la anotación preventiva judicial se debe cancelar por caducidad una vez dictada la sentencia estimatoria firme, en el período de tiempo que media hasta el acceso registral de dicha sentencia, el demandado puede realizar actos de disposición patrimonial que podrían frustrar la efectividad de aquélla (97).

En este caso se produciría la paradoja de que la efectividad de la eventual sentencia estimatoria habría sido garantizada por la correspondiente anotación preventiva, mientras que la sentencia estimatoria, ya firme, correría el riesgo de resultar inefectiva, reabriéndose un nuevo período de peligro para la efectividad de la tutela judicial, a causa de eventuales actos dispositivos del demandado vencido que podrían frustrar o dificultar la actividad ejecutiva (98).

Para evitar tal inconveniente, la jurisprudencia (99), la DGRN (100) y la

(97) Dicho de otro modo, si la garantía registral se cancela antes de la total finalización del proceso podría resultar lesionado el derecho que al demandante vencedor le ha reconocido la sentencia.

(98) Este problema ya lo advirtió, en 1952, DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», *cit.*, págs. 902-903, al señalar que era «inconcebible que un medio jurídico pensado y concebido para seguridad de las sentencias quede inoperante por automática disposición legal antes de que la sentencia se pronuncie y pueda ser ejecutada» y al proponer que «las anotaciones preventivas judiciales podrán ser objeto de nuevas prórrogas por períodos de cuatro años siempre que por no haber recaído sentencia firme en el procedimiento en que se hubieren decretado o por no haberse ultimado la ejecución lo acordare así, a instancia de parte, el Juez o Tribunal que conozca de dicho procedimiento. Para que surta efecto en el Registro la nueva prórroga el mandamiento que la ordene deberá ser presentado antes de que la anotación haya caducado» (las cursivas son mías).

(99) Véanse el AAP de Barcelona (Sección 16.ª), de 22 de enero de 1996 (BDRGID, ref. 96/7.262), que pone de manifiesto que las anotaciones preventivas judiciales «no pueden configurarse como situaciones permanentes y definitivas, pero tampoco puede prefijarse una duración tasada, máxime cuando la misma se acuerda en un procedimiento judicial, en el que la multitud de trámites y recursos prolongan en el tiempo la resolución definitiva del litigio y su ejecución», «pues caso contrario, podrían frustrarse las expectativas de efectiva realización de un derecho», y la STS (Sala 1.ª), de 17 de junio de 1949 (RJA, 1949, m. 937, págs. 570-573), que desestimó un recurso de casación interpuesto contra la sentencia que dispuso que no se alzara la anotación preventiva de demanda hasta que la sentencia no resultara cumplida.

Asimismo, téngase en cuenta el AAP de Castellón, de 3 de mayo de 1993 (BDRGID, ref. 93/9.184); el AAP de Barcelona, de 25 de junio de 1993 (BDRGID, ref. 93/12.399); y el AAP de Madrid, de 14 de febrero de 1994 (BDRGID, ref. 94/7.098).

(100) Así, las RDGRN de 25 de septiembre de 1972 (RJA, 1972, m. 4447, págs. 3327-3328); de 27 de octubre de 1993 (BDA m. RJ 1993\8026); y de 29 de mayo de 1998 (BDA m. RJ 1998\4461).

En términos similares se manifiestan las RDGRN de 24 de mayo de 1990 (BDA m. RJ 1990\4368); de 25 de mayo de 1990 (BDA m. RJ 1990\4369); y de 11 de abril de 1991 (BDA m. RJ 1991\3144):

doctrina (101) defienden que la vigencia de las anotaciones preventivas judiciales debe ser mantenida hasta que la sentencia estimatoria acceda al registro y se practiquen las inscripciones y/o cancelaciones oportunas (102).

El problema se presenta principalmente cuando la sentencia firme ha estimado la pretensión interpuesta, pero para su inscripción debe transcurrir un cierto período de tiempo, ya que para la completa ejecución de dicha sentencia se requiere que el demandado condenado, ambas partes litigantes, o el propio órgano jurisdiccional realicen una determinada actividad (103).

Segundo.—(...) Tratándose de situaciones reales de carácter provisional, su constatación tabular no puede configurarse ciertamente, como permanente y definitiva, pero tampoco puede fijarse una duración tasada con independencia de la que pueda o deba corresponder a la realidad registrada, máxime cuando la prolongación de ésta no depende de la exclusiva voluntad de los interesados sino de las mismas previsiones del Ordenamiento jurídico.

(101) Vid. CAMY SÁNCHEZ-Cañete, B., en «Comentario...», *cit.*, pág. 904, y en *Comentarios...*, *cit.*, págs. 778-781; ROCA SASTRE, R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), *cit.*, págs. 320-321; CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN de 25 de septiembre de 1972», en *RCDI*, 1973, págs. 179-187; y RAMOS MÉNDEZ, F., en *La anotación...*, *cit.*, pág. 189, y en *Enjuiciamiento...*, *cit.*, pág. 766, para quien la anotación preventiva de demanda debe subsistir en el registro hasta que se ejecute totalmente el fallo, «previsión importante ya que existen pronunciamientos de ejecución simultánea o sucesiva». Siguiendo al último autor citado, CABALLERO ESCRIBANO, C., «La anotación...», *cit.*, pág. 651, considera también que la anotación preventiva judicial «debe estar vigente hasta la total ejecución del fallo y no hasta la sentencia».

Refiriéndose a la tutela cautelar en general, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, *cit.*, pág. 2078, considera procedente el mantenimiento de la vigencia de la medida cautelar «hasta la plena efectividad del fallo», aduciendo que «motivos de eficacia y razones de economía procesal justifican el mantenimiento de la medida hasta que la sentencia estimatoria firme haya desplegado plenamente sus efectos».

(102) Vid. el AAP de Cádiz (Sección 5^a), de 26 de septiembre de 1996 (BDA m. AC 1997/2146), del cual se deduce que para la plena efectividad del derecho reconocido en la sentencia resulta indispensable su inscripción en el registro y la cancelación de los asientos contradictorios posteriores a la anotación preventiva de demanda.

Un supuesto análogo es el regulado por el artículo 198, IV RH, que prevé, en aquellos supuestos en que se haya promovido el incidente de oposición a la cancelación, que la anotación preventiva continúe vigente y produciendo sus efectos protectores del derecho del demandante, aunque sea respecto de controversias judiciales que ya no tienen relación directa con el demandado, consiguiendo que, de esta manera, la tutela cautelar que proporciona la anotación preventiva de demanda sea completa, llegando incluso más allá del momento en que se haya dictado la sentencia firme en el proceso principal. En concreto, hasta la terminación del mencionado incidente y la práctica, en su caso, de los asientos que corresponda.

(103) Es necesario, por lo tanto, distinguir entre aquellas sentencias firmes cuyos pronunciamientos son inscribibles directamente, y aquellas otras que para acceder al registro precisan una actuación del demandado o del órgano jurisdiccional. En las primeras, su ejecución registral se puede realizar virtualmente desde el momento en que adquieren la condición de firmes, ya que el llevarlas o no al registro para dar lugar a las inscripciones o cancelaciones que procedan solamente depende del arbitrio del actor o del ejecutante, sin que sean necesarias por lo tanto cautelas adicionales; en las segundas, su ejecución registral depende, al menos en un primer momento, de la conducta del deman-

Es el caso, por ejemplo, de que el fallo condene al demandado a una obligación de hacer (otorgar una escritura pública de venta) (104), ya que, hasta que aquél no haya realizado aquello a lo que ha sido condenado, no se podrán inscribir en el registro los derechos reconocidos al actor por dicho fallo (105).

Es verdad que, si el demandado no realiza esa actividad, la misma se realizará judicialmente, pero «el tiempo que medie entre la iniciación del plazo para el cumplimiento voluntario y el instante del cumplimiento forzoso no puede transcurrir sin protección para el favorecido con ella» (106). De ahí la utilidad de mantener la vigencia de la anotación preventiva judicial y, en particular, la de demanda, no sólo hasta que recaiga una resolución firme en el proceso en el que la misma y su próroga hayan sido decretadas sino hasta el momento en que dicha resolución acceda al registro.

Otro supuesto en el que, a mi juicio, sería susceptible alargar la vigencia de la anotación preventiva judicial se puede dar cuando la sentencia firme ha estimado la pretensión del actor, pero para inscribir éste su derecho en el registro es necesario que judicial o convencionalmente se completen las determinaciones necesarias para configurar y delimitar perfectamente dicho derecho, y así poderlo inscribir definitivamente.

Además, téngase en cuenta que, aunque el fallo firme pudiese ser ejecutado inmediatamente una vez pronunciado, en el mismo día en que esa resolución ganase firmeza la anotación podría ser ya cancelada, sin que el ordenamiento jurídico establezca un plazo adicional que cubra el irremediable espacio temporal que media entre dicha resolución y su presentación en el registro.

En apoyo de esta solución téngase en cuenta que el artículo 83, I LH dispone que «las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria», y, principalmente, que el artículo 198, III RH establece que «la anotación de demanda se cancelará en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, y al margen de la anotación se pondrá la oportuna nota de referencia».

dado o del ejecutado, o de una actividad jurisdiccional, y por esta circunstancia, en este último supuesto, sí que puede ser útil mantener la vigencia de la anotación preventiva hasta la total ejecución o actuación de las mismas.

(104) Un supuesto de hecho en el que puede ser útil el mantenimiento de la vigencia de la anotación preventiva de demanda a pesar de la firmeza de la sentencia firme estimatoria se puede encontrar en el AAP de Cádiz (Sección 5.^a), de 26 de septiembre de 1996 (BDA m. AC 1997\2146).

(105) Manifiesta CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Comentario...», *cit.*, pág. 903, que cumplida la prestación por el condenado «debe cesar la protección registral judicial e iniciarse la registral ordinaria, si se solicita el asiento de inscripción o la cancelación que en su caso proceda».

(106) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., en «Comentario...», *cit.*, págs. 904-905, esp. pág. 904, y en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 781.

En consecuencia, si hasta que no se complete totalmente la ejecución de la sentencia no se podrán practicar los asientos que se deriven de la ejecutoria, hasta tal momento se deberá mantener la vigencia de la anotación preventiva judicial (107).

Para defender esta solución, la RDGRN de 25 de septiembre de 1972, en relación con una anotación preventiva de demanda, ofrece los siguientes argumentos (108):

a) En primer lugar, «la finalidad cautelar de la anotación preventiva de demanda es asegurar las resultas de un juicio a fin de que sea posible la ejecución de la sentencia en él recaída y favorable a quien instó la práctica de la anotación, y de ello se deduce que, independientemente de las causas de extinción legalmente establecidas, dicha anotación debe subsistir como regla general hasta la total ejecución del fallo, sin que baste para su cancelación la sola circunstancia de haberse dictado sentencia firme en el litigio cuya existencia publica la anotación, ya que durante el período de ejecución de la sentencia no sólo hay que considerar que el pleito aún está en tramitación, sino que incluso es entonces cuando la anotación debe desplegar sus peculiares efectos».

b) En segundo lugar, «si se atiende exclusivamente a los términos literales en que está redactado el párrafo 3 del artículo 198 del RH, puede parecer en efecto que la anotación preventiva de demanda sólo se puede cancelar en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, pero tal interpretación literal se desvanece al apreciar que en muchos casos puede ocurrir que el fallo contenga pronunciamientos cuya ejecución no sea simultánea, y en dichos supuestos es evidente que dicha ejecución podrá llegar al Registro a través de títulos distintos, aunque derivados todos, como es lógico, de la propia ejecutoria, y en momentos también distintos, y no sería acorde con la finalidad de la anotación practicar su cancelación en el momento de acceso del primero».

c) En tercer lugar, «en el presente caso la cancelación de las inscripciones extendidas a nombre de uno de los demandados constituye sólo la

(107) Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación...*, cit., pág. 192.

(108) RDGRN de 25 de septiembre de 1972 (RJA, 1972, m. 4447, págs. 3327-3328).

Esta solución es parcialmente aceptada por CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN de 25 de septiembre de 1972», cit., págs. 186-187, para quien «la anotación debía recoger por separado los dos párrafos del *petitum*: el de reclamación de propiedad (acción personal para la tradición real o escrituraria) y el de petición de nulidad de las segundas ventas. Y una vez dictada la sentencia, como quiera que ésta es declarativa y de más rápida ejecución en cuanto al segundo pedimento, y es de condena y de más dilatada ejecución respecto al primero, practicar la cancelación parcial (conversión si se quiere) de la anotación en cuanto a la petición de nulidad, dejándola vigente en relación a la de reclamación de propiedad hasta que, ejecutada la condena a transmitir la propiedad, inscriba su dominio el demandante y se verifique la cancelación total de la anotación».

ejecución de parte del fallo, por lo que la anotación preventiva de demanda, para que pueda cumplir la función cautelar que le corresponde, debe subsistir con toda su eficacia hasta la total ejecución, que será el momento en que por haber cumplido su finalidad y estar practicados todos los asientos procedentes en virtud de la ejecutoria, resultará de aplicación el párrafo 3 del artículo 198 del Reglamento Hipotecario».

En el mismo sentido, aunque en relación con una anotación preventiva de embargo, se manifiesta la RDGRN de 29 de mayo de 1998 (109), al razonar que:

Primero.—(...) En efecto, el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario, en su objetivo de facilitar la preexistencia del reflejo registral de una situación provisional mientras ésta se mantenga, ordena la no cancelación por caducidad de una anotación decretada por la autoridad judicial pese al vencimiento de la prórroga, hasta que no haya recaído resolución firme que ponga fin al procedimiento en que aquélla se acordó; pero dados los términos en que se produce, resultaría que en el mismo día en que esa resolución ganase firmeza, la anotación sería ya susceptible de cancelación sin que se establezca un plazo adicional que cubriera el inevitable margen temporal entre dicha resolución y su presentación en el Registro, en la hipótesis en que así procediera. Es cierto que la anotación prorrogada no puede subsistir indefinidamente una vez terminado el procedimiento refle-

(109) RDGRN de 29 de mayo de 1998 (BDA m. RJ 1998\4461). Sigue su doctrina la RDGRN de 6 de marzo de 1999 (BDA m. RJ 1999\1377), que en un supuesto en el que el sujeto pasivo de una anotación preventiva de embargo solicitó la cancelación de la anotación por haber transcurrido más de cuatro años desde la prórroga y haber una sentencia firme en el procedimiento, resolvió que «en tanto no concluya el procedimiento en el que se ordenó tomar la anotación prorrogada, no podrá accederse a su cancelación por caducidad, sin que se pueda estimar que en el caso debatido, dicho procedimiento ha concluido, pues tratándose de un juicio ejecutivo, la resolución que le pone fin respecto al bien embargado es el auto firme de aprobación de su remate».

En apoyo de esta solución se puede citar también la RDGRN de 11 de abril de 1991 (BDA m. RJ 1991\3144). La cuestión principal que se plantea es si la sentencia de remate que ordena seguir la ejecución puede estimarse a efectos del artículo 199 RH como resolución definitiva firme y en consecuencia si procede cancelar la anotación preventiva de embargo y su prórroga decretada en garantía de los derechos del demandante en el procedimiento, y la DGRN entiende que no procede la cancelación por caducidad de la anotación preventiva practicada hasta que haya finalizado totalmente el proceso, pues en caso contrario resultaría lesionado el derecho del ejecutante, y porque «tratándose de situaciones reales de carácter provisional, su constatación tabular no puede configurarse ciertamente, como permanente y como definitiva, pero tampoco puede dársele una duración tasada con independencia de la que pueda o deba corresponder a la realidad registrada, máxime cuando la prolongación de ésta no depende de la exclusiva voluntad de los interesados sino de las mismas previsiones del Ordenamiento jurídico».

En esta misma línea se pronuncian el AAP de Castellón, de 3 de mayo de 1993 (BDRGID, ref. 93/9.184); el AAP de Barcelona, de 25 de junio de 1993 (BDRGID, ref. 93/12.399); el AAP de Madrid, de 14 de febrero de 1994 (BDRGID, ref. 94/7.098); y el AAP de Barcelona (Sección 16.ª), de 22 de enero de 1996 (BDRGID, ref. 96/7.262).

jado, en tanto la parte a cuyo favor se practicó decida solicitar la inscripción del resultado de tal procedimiento, pero, no lo es menos, que la cancelabilidad inmediata de la anotación una vez firme la resolución recaída, dejaría frustrados en buena medida los objetivos perseguidos por el propio artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario, pues, el litigante favorecido por este precepto no tendría margen temporal para hacer efectiva en su favor una prioridad registral que se habría garantizado durante todo el procedimiento (...).

2.3. UNA TERCERA SOLUCIÓN DE ORIGEN LEGAL: LA POSIBILIDAD DE PRACTICAR SUCESIVAS Y ULTERIORES PRÓRROGAS CUATRIENALES

El recientemente aprobado artículo 86, I *in fine* LH, para evitar los inconvenientes comentados ha optado por introducir la posibilidad de que, vencida la primera prórroga, se puedan practicar sucesivas y ulteriores prórrogas cuatrienales, siguiendo la postura ya defendida en su día por DE LA RICA Y ARENAL (110) y por ROCA SASTRE-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, según los cuales hubiera sido más conveniente no abandonar el régimen de la caducidad y permitir prórrogas sucesivas cuatrienales, en cuanto necesarias, de las anotaciones preventivas judiciales, pues con el artículo 199, II RH se ha vuelto al sistema anterior a la Ley de reforma hipotecaria de 1944, reproduciéndose los mismos o similares inconvenientes que entonces se producían (111).

Esta solución fue criticada en su tiempo por MONTES REYES (112), argumentando que «indudablemente, sería incómodo para el órgano jurisdiccional y para los propios interesados que tuvieran que tener en cuenta —bajo pérdida de la garantía que la anotación significa— del plazo de caducidad cada cuatro años».

Con la nueva solución se plantea el problema de qué hacer para que la anotación preventiva judicial sucesivamente prorrogada no subsista más allá

(110) *Vid.* DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad...», *cit.*, págs. 902-903. Este autor propuso la introducción de un nuevo párrafo en el artículo 86 LH, en el que se dispusiera que «las anotaciones preventivas judiciales podrán ser objeto de nuevas prórrogas por períodos de cuatro años siempre que por no haber recaído sentencia firme en el procedimiento en que se hubieren decretado o por no haberse ultimado la ejecución lo acordare así, a instancia de parte, el Juez o Tribunal que conozca de dicho procedimiento. Para que surta efecto en el Registro la nueva prórroga el mandamiento que la ordene deberá ser presentado antes de que la anotación haya caducado».

(111) *Vid.* ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), *cit.*, págs. 318-323. Véase también GARCÍA GARCÍA, J. M.^a, «La inconstitucionalidad...», *cit.*, pág. 10, para quien una de las soluciones era «reformular el Reglamento hipotecario estableciendo que caben prórrogas sucesivas, sin que sea una sola prórroga de cuatro años más».

(112) MONTES REYES, A., *Registro...*, *cit.*, pág. 151,

de lo estrictamente necesario, una vez haya terminado el proceso publicado registralmente, pues en principio, si se había prorrogado la misma poco antes de la finalización de dicho proceso, todavía podría continuar reflejada en el registro casi cuatro años más (113).

Dando por sentado que, en determinados supuestos, no es razonable la cancelabilidad inmediata de la anotación preventiva judicial una vez firme la resolución recaída, tampoco parece legítimo que la anotación sucesivamente prorrogada pueda subsistir durante mucho tiempo una vez terminado el procedimiento reflejado registralmente (114), máxime cuando el no acceso registral del fallo se deba a una conducta negligente o abusiva del demandante vencedor o, especialmente, del ejecutante (115).

(113) Sobre las consecuencias negativas que se pueden derivar de la no cancelación por caducidad de una anotación preventiva judicial prorrogada, cuando ya ha finalizado completamente el proceso en el que aquélla se adoptó, véase la STS (Sala 1.ª), de 21 de mayo de 1993 (BDA m. RJ 1993\3720).

(114) Bajo la regulación actualmente vigente ROCA SASTRE R. M.ª-ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 323, consideran que el artículo 199, II RH elimina prácticamente la caducidad de los asientos registrales de anotación preventiva ordenados por la autoridad judicial, los cuales quedarán prorrogados indefinidamente, volviéndose al sistema anterior a la Ley de reforma hipotecaria de 1944 y reproduciéndose ahora los mismos inconvenientes que entonces se producían, a menos que se cancelen en los casos previstos por los arts. 198 y 206 RH. En el mismo sentido, LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN de 31 de diciembre de 1986», cit., pág. 1170.

Vid. también la SAP de Castellón (Sección 2ª), de 30 de abril de 1998 (BDA m. AC 1998\831), que pone de manifiesto que prorrogada una anotación preventiva de demanda no se produce la caducidad del asiento, y la RDGRN de 28 de mayo de 1968 (RJA, 1968, m. 3658, pág. 2457), que destaca que, con el artículo 199, II RH, la prórroga de las anotaciones preventivas judiciales es indefinida.

Esta misma situación se podrá reproducir en parte con el nuevo artículo 86, 1 L.H.

(115) Así lo advierte explícitamente el AAP de Barcelona, de 25 de junio de 1993 (BDRGID, ref. 93/12.399), al afirmar que «deben sostenerse las medidas cautelares que aseguran la ejecución, como es el caso de la anotación preventiva, siempre que no se demuestre un abuso de derecho por parte de la ejecutante, tratando de perpetuar una situación de preparación de la ejecución sin solicitar la misma; teniendo también en cuenta que la ejecutada puede pagar o incluso pedir la ejecución de la sentencia para evitar estar pendiente de la vigencia de tal anotación preventiva», e, implícitamente, el AAP de Barcelona (Sección 16.ª), de 22 de enero de 1996 (BDRGID, ref. 96/7.262).

Con claridad se manifiesta también el AAP de Castellón, de 3 de mayo de 1993 (BDRGID, ref. 93/9.184):

Tercero.—Cuanto precedentemente se ha expuesto no es incompatible con la general exigencia de que el ejercicio de los derechos se acomode a las reglas de la buena fe con proscripción de todo abuso de derecho (artículo 7 y 11 del Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial respectivamente), a fin de que no se produzca un efecto contrario al querido por la norma o que tales efectos excedan de los previstos con perjuicio del sujeto pasivo, como sucedería en el supuesto de que, sin motivo suficiente, se hiciera perdurar la anotación más allá de lo razonable, a consecuencia de la inactividad del acreedor en la ejecución de su derecho, que es algo distinto del asiento que lo anuncia, lo que sin embargo, a la vista de la actividad desplegada por la entidad bancaria,

Se hace necesario, en consecuencia, fijar un plazo razonable, a contar desde la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso, durante el cual se mantenga la vigencia de la anotación adoptada en él y oportunamente prorrogada, precisándose para su cancelación la acreditación suficiente del transcurso de dicho margen temporal sin que el sujeto favorecido por dicha resolución se haya acogido a la protección registral que así se le brindaba, mediante la petición de inscripción y/o cancelación del título correspondiente.

Bajo la normativa aún vigente, para evitar el mencionado inconveniente la RDGRN de 29 de mayo de 1998 (116), ha recurrido a una aplicación analógica del artículo 157 LH, y ha establecido un plazo máximo de seis meses, a contar desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en el que la anotación preventiva y su prórroga hubiesen sido decretadas, para que dicha resolución acceda al registro y se cancele la anotación preventiva:

Primero.—(...) Para la conciliación de tales exigencias no bastará con destacar la no exclusión legal de las sucesivas prórrogas de las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial si la prolongación del pleito así lo justificara, pues, en base al artículo 199 del Reglamento Hipotecario, se ha generalizado la opinión de la indefinida duración de la anotación prorrogada una vez extendida, lo que ha generalizado una práctica casi unánime de no solicitud de la segunda o posterior prórroga, práctica que no sería ahora prudente desconocer. Se hace preciso, por tanto, articular un plazo razonable a contar desde la firmeza de la resolución que ponga fin al procedimiento, durante el cual se mantendrá la vigencia de la anotación ordenada en él y oportunamente prorrogada, precisándose para su cancelación la acreditación suficiente del transcurso de dicho margen temporal sin que el litigante favorecido se hubiera acogido a la protección registral que así se le brindaba, mediante la solicitud de inscripción del título correspondiente. Es esta, por otra parte, la solución que el legislador adopta en supuestos análogos (cfr. arts. 17, 1.141, 157 de la Ley Hipotecaria y 177 del Reglamento Hipotecario), y de entre ellos, el plazo de seis meses del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, es el más adecuado habida cuenta de las eventuales dilaciones en la expedición del testimonio de la resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento, resolución que en el caso debatido no es

dando pasos sucesivos aunque espaciados hacia el remate, no puede concluirse acontezca, conjugados los derechos de los deudores —que nada han hecho por satisfacer el débito— y del acreedor.

En términos similares se manifiesta CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN de 31 de octubre de 1969», *cit.*, pág. 163, al resaltar que «el español suele tomar las cosas con gran ardor y por ello pocas demandas quedarán sin anotar, pero no es constante ni aficionado a rematar los detalles últimos, y por ello pocas anotaciones se cancelan después de desestimada la demanda o acabado el pleito por transacción, caducidad de la instancia, etc.». Ténganse también presentes las advertencias de CASTEJÓN, F., «De la duración...», *cit.*, págs. 34-35.

(116) RDGRN de 29 de mayo de 1998 (BDA m. RJ 1998\4461).

otra que el auto aprobatorio del remate, una vez que haya sido consignado el precio correspondiente por el adjudicatario (cfr. artículos 1.509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (...).

Con la nueva normativa procesal civil, una limitación a la vigencia de las anotaciones preventivas que constituyan en sí mismas medidas cautelares (vg. las anotaciones preventivas de demanda) o actos de ejecución y de publicidad de una medida cautelar (vg. las anotaciones preventivas de la medida cautelar de embargo preventivo o de la medida cautelar de secuestro o prohibición de enajenar), viene dada por lo establecido en el artículo 731.1, I de la nueva LEC, según el cual «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuviesen adoptadas».

De acuerdo con lo establecido por el artículo 548 de la nueva LEC, «el tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado». Es decir, se posibilita el mantenimiento de la medida cautelar durante el plazo señalado para el cumplimiento voluntario.

Por otro lado, señalar que una alternativa al manteniendo de la vigencia de la anotación inicialmente practicada (a través de sucesivas y ulteriores prórrogas) hasta la firmeza de la sentencia condenatoria del demandado y hasta que dicha sentencia se ejecute registralmente, consiste en la posibilidad de anotar preventivamente la sentencia no firme a través de su ejecución provisional, cuando ésta se solicite por el sujeto interesado y sea acordada por el juez. En efecto, el artículo 524-4 de la nueva LEC dispone que «mientras no sean firmes (...) sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos». En este caso, anotadas las sentencias no firmes, se deberán cancelar la anotaciones preventivas judiciales inicialmente practicadas y, en su caso, sucesivamente prorrogadas (117). Una vez firmes dichas sentencias se podrá proceder a la práctica de los asientos definitivos, es decir, a la extensión de las inscripciones o cancelaciones que procedan.

Por último, en el supuesto de que entre la firmeza de la resolución judicial y la práctica de los asientos correspondientes deba mediar un determinado

(117) El artículo 731.2 de la nueva LEC señala que «cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución».

período de tiempo, se podrá hacer uso de la posibilidad contemplada por el artículo 700, I de la nueva LEC. Según este precepto, «si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero no pudiere tener inmediato cumplimiento, el tribunal, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena». En la materia que nos ocupa, la anotación preventiva de la sentencia firme es una medida de garantía que podrá integrar esta previsión legal.

JOSÉ MARTÍN PASTOR

Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia

Real Colegio de España y de Valencia

Profesor Ayudante de Facultad de Derecho Procesal

de la Universitat de València (Estudi general)

DICTAMENES Y NOTAS

Adoptio, semper reformanda est

SUMARIO.—I. INTRODUCCION GENERAL Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. EL REGIMEN ORIGINARIO DE LA ADOPCION.—III. LA ADOPCION EN LA LEY DE 1958.—IV. LA REFORMA DE 1970.—V. ALGUNAS REFORMAS PARCIALES POSTCONSTITUCIONALES.—VI. LA REFORMA DE LA LEY DE 11 NOVIEMBRE 1987.—VII. LA ADOPCION EN LA LEY DE 15 DE ENERO DE 1996.—VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION GENERAL Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA

No voy a ocuparme directamente del régimen vigente de la adopción, la cual bien puede calificarse, al menos, de curiosa institución familiar que, a punto de desaparecer en la redacción originaria del Código Civil (no tiene desperdicio la nota que se incluye en la ed. del Código Civil de 1890 a cargo de ALCUBILLA: «De poco favor disfruta en la práctica esta institución, porque constituyendo una ficción legal, no se compadece con las relaciones naturales de familia que prevalecen hoy. Su utilidad es muy dudosa, y sólo como obra de caridad puede recomendarse»), está conociendo, cara al siglo XXI, un notable florecimiento doctrinal, legislativo y social, hasta el punto de que, tras-pasando las fronteras estatales, viene a constituir, por derecho propio, una de las materias del naciente Derecho internacional de la familia.

Voy a analizar preferentemente, en relación con la adopción, sus aspectos formales y de técnica legislativa; bien entendido que la experiencia ofrece no pocos ejemplos de leyes técnicamente deficientes que sirven para regular aceptablemente la institución de que se trate, pues su redacción permite una razonable interpretación judicial, y, al mismo tiempo, no deja de haber leyes impecables bajo sus aspectos formales que, o no se aplican, o, caso de serlo, resultan ser perjudiciales para la misma institución.

Como es sabido, la adopción tiene el privilegio de ser la institución familiar que mayor número de reformas legislativas sustanciales ha experimentado en el siglo largo de vigencia de nuestro Código Civil; salvo error u omisión,

computo nada menos que nueve modificaciones en su régimen legal, totales o parciales, incluyendo en aquéllas la redacción originaria de nuestro primer cuerpo legal. Semejante acumulación de Novelas puede explicarse —al menos, en parte— por la evolución que la institución misma ha experimentado en la sociedad, pasando de ser remedio a los matrimonios infértiles, a conceptuarse como una de las instituciones básicas entre las de asistencia y protección de los menores sin familia. Asimismo, no ha dejado de influir en aquel fenómeno la aparición de nuevas necesidades o intensificación de las ya existentes (extensión del fenómeno de las familias desestructuradas junto al drástico descenso de la natalidad en los países europeos; graves conflictos sociales y bélicos y mantenimiento de situaciones de miseria en muchos países del Tercer mundo). No cabe descartar, con todo, que en el cambio legislativo hayan influido titubeos del propio legislador acerca de la función o razón de ser de la institución misma, o, incluso cierto mimetismo que conduce, en ocasiones, a imitar lo foráneo (especialmente, si viene con el marchamo de los países anglosajones), acaso sin comprobar sus resultados en el país de origen, y sin plantearse siquiera el tema de si van a obtener suficiente arraigo entre nosotros.

Ultimamente cabría conjeturar que la reforma adopcional ha servido al legislador a modo de ensayo de laboratorio para experimentar el procedimiento encaminado a hacer perder al Código Civil su condición de norma central y básica, no sólo del derecho privado, sino de todo el ordenamiento jurídico. Así encontramos, en su actual regulación, y de modo indiscriminado, aspectos públicos y privados, normas legales en sentido estricto y disposiciones claramente reglamentarias, normas sustantivas y procesales, constituyendo un abigarrado conjunto normativo, de no fácil inteligencia y más difícil aplicación que, literalmente, «está trayendo de cabeza» a jueces, fiscales, funcionarios administrativos, y abogados en general, sin olvidar las graves dudas originadas a los civilistas que son quienes tradicionalmente se habían ocupado de esta institución.

Por todo ello, no parece exagerado calificar a la adopción de **institución mártir**, que se ha encontrado en el punto de mira de los caprichos socializantes del legislador, quien da la impresión de haberse servido de ella como **caballo de Troya para dinamitar** desde dentro las instituciones civiles; cuando no ha sido utilizada como **moneda de cambio** en determinados trasposos de competencias, o para completar la lista de atribuciones de las Comunidades Autónomas. El resultado no parece que pueda considerarse altamente satisfactorio: se ha logrado afear notablemente la estructura formal de nuestro venerable Código Civil, sin ventaja para nadie, al menos a primera vista; es cierto que órganos administrativos han visto incrementadas sus competencias. Pero, de todos es sabido, que la política social de las distintas Administraciones Públicas está condicionada por el presupuesto, y en tiempos de penuria se

recortan aquellas partidas que produzcan menor pérdida de votos (los niños abandonados no participan en los procesos electorales...).

Partiendo de la primitiva redacción de 1889, el régimen de la adopción ha sido reformado, en su totalidad, en los años 1958, 1970 y 1987. El **modus procedendi** ha sido muy similar, tanto en éstos como en los restantes casos: aparte de **tomar prestado** en 1958 el viejo artículo 172 del capítulo de la patria potestad (relativo, como se sabe, a la madre bínuba que enviudaba), se ha aprovechado el espacio ocupado por los artículos 173 a 180, integrantes del capítulo V, título VII, Libro I, distribuyendo la regulación con arreglo a los nuevos principios inspiradores; se daba por supuesto que tal espacio era suficiente para la reforma del régimen adoptcional; pero resultaba demasiado evidente que ello constituía un pie forzado, roto ya en la reforma de 1987, y que en la de 1996 ha conducido a la ruptura del anterior esquema con ayuda del antiestético recurso legislativo del **artículo bis** así como al tratamiento dual en leyes extracodiciales (¿qué significado tiene el capítulo III, Título II de la Ley últimamente citada, que trata, sin más, **de la adopción**, si bien versa fundamentalmente sobre la adopción internacional?

En las reformas de alcance general ha variado la interna distribución de la materia. Dejando aparte la versión primitiva de 1889, en la que el legislador no consideró necesario introducir divisiones internas, se produce un evidente paralelismo en las reformas de 1958 y 1970; en la primera se introducen tres secciones que tratan, respectivamente de las disposiciones generales, de la adopción plena y de la adopción menos plena, pero con una desigual distribución de la materia normativa ya que a la última se la dedica un único precepto; en la segunda la distribución es similar si bien se sustituye la terminología de adopción menos plena por adopción simple (confinada siempre en el art. 180). La reforma de 1987 rompe decididamente con este sencillo esquema; el nuevo enunciado del capítulo V («De la adopción y otras formas de protección de menores») indica la nueva filosofía que supone integrar a esta institución estrictamente civil en el marco más amplio de la protección social a los menores; ello se traduce en la interna distribución del capítulo pues la sección primera, de nuevo cuño, se va a ocupar «De la guarda y acogimiento de menores», «civilizando» instituciones hasta ahora de mero carácter administrativo, mientras que la sección segunda, bajo el escueto rótulo «De la adopción» parece querer volver al sencillo esquema unitario de la versión originaria, si bien con un contenido radicalmente diverso. Obsérvese que algún solapamiento se produce con el enunciado del Título X, Libro I, después de la reforma de 1983, que reza «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados», advirtiéndose la existencia de instituciones comunes (tutela **ex lege**, guarda administrativa). Evidentemente estos nuevos epígrafes o rótulos denuncian el cambio de perspectiva del legislador al regular la institución, siendo lícito preguntarse si la **nueva adopción** va a

ser compatible con el resto de instituciones familiares del Código Civil, y si tal incrustamiento de nuevos principios en las estructuras civiles no terminará desvirtuándolas.

De las **reformas parciales** en materia de adopción, poco y no siempre bueno cabe decir; unas veces eran obligadas como consecuencia del nuevo régimen de filiación establecido por la Ley de 13 mayo 1981, o por las reformas de la nacionalidad de 1982 y 1990; otras veces vienen a resultar incomprensibles, como la rocambolesca derogación del artículo 176 (versión de 1970) por Ley de 7 julio 1981 y su reposición (en realidad, cabía entender que nunca había sido derogado) por Ley de 24 octubre 1983; por no hablar de las reformas de 1996 de las que me ocuparé luego.

II. EL REGIMEN ORIGINARIO DE LA ADOPCION

No es preciso extenderse mucho sobre el régimen sustantivo de la adopción originariamente regulada por el Código Civil, el cual se apartó de los antecedentes históricos al prescindir de la distinción entre adopción y arrogación, y al no permitir la adopción en concepto de nieto o ulterior descendiente, modalidades de adopción que permitían las Partidas. Se caracteriza por exigir estrictos requisitos de capacidad (edad mínima de 45 años y 15 años de diferencia con el adoptado, prohibiéndose adoptar a quienes tuvieran anteriormente descendientes legítimos o legitimados) y otorgar escasos efectos para el adoptado (posibilidad mediante pacto de unir a su apellido el del adoptante, alimentos recíprocos, aunque por detrás de los hijos naturales, y el discutido pacto sucesorio del art. 177 que originó interesante jurisprudencia). La doctrina no ha visto clara la finalidad de la institución, y aunque la aprobación judicial recaía si la adopción solicitada era conveniente al adoptado, la opinión mayoritaria veía más bien en ella una institución en favor de matrimonios sin hijos.

La técnica legislativa utilizada en 1889, podía calificarse de normal, y los ocho artículos (del 173 al 180) dedicados a la materia tenían corta extensión y carecían de divisiones internas y no diferían del tenor de otros preceptos del Libro I. La única norma conflictiva resultó ser el artículo 177, en materia de derechos sucesorios.

III. LA ADOPCION EN LA LEY DE 1958

Si materialmente representa un cambio cualitativo respecto de la regulación originaria, formalmente cabe señalar importantes innovaciones. La materia se distribuye ahora en tres secciones y varios preceptos experimentan un

alargamiento en su extensión (así el 174 relativo a los efectos, en general, de la adopción; el 175, a las causas de revocación; el 178 sobre requisitos y efectos de la adopción plena; el 179, sobre otros efectos de la misma; y el 180, por ser el único específico de la adopción menos plena). La normativa es exclusivamente civil, si bien la referencia a los **niños expósitos** en el artículo 178 obligará a tener en cuenta la legislación administrativa, que se aplica preferentemente a situaciones preadoptivas. Pero no hay contaminación normativa y la adopción sigue siendo institución regulada exclusivamente por el Derecho Civil.

El legislador inicia un alejamiento —que con criterios actuales puede parecer tímido— respecto de la concepción originaria de la adopción, en dos aspectos de su regulación general: respecto a los requisitos, disminuyendo notablemente la edad para adoptar (de 45 a 35 años), si bien se incrementa la diferencia de edades (de 15 a 18) y se permite adoptar a los viudos; y en cuanto a los efectos, se perfilan mejor los derechos sucesorios en virtud de pacto; respecto a la adopción plena (que se considera aplicable al supuesto típico de matrimonio sin hijos y respecto de niños abandonados) se equipara al adoptado con el hijo natural reconocido en el orden sucesorio; también resulta tímida la incorporación del adoptado al nuevo hogar, pues si bien se atribuye la patria potestad y se siguen concediendo alimentos recíprocos, así como intervención en materia de tutela y ausencia, se declara rotundamente que la adopción no produce efecto respecto de la familia del adoptante, a excepción de los impedimentos matrimoniales. El legislador se hace eco de la demanda social en favor de un robustecimiento de efectos de la adopción, pero lo hace con pasos vacilantes e inseguros. Por otra parte, nadie pone en duda la oportunidad de diferenciar dos tipos de adopción en base a sus requisitos y efectos.

IV. LA REFORMA DE 1970

La nueva ley vino, de algún modo, preparada por una mayor sensibilización de la opinión pública sobre este tema, de la que son exponentes las Jornadas Nacionales de Adopción de Madrid (1966) y Oviedo (1968), así como la constitución de la Asociación Española para la protección de la adopción en 1969. La Ley de 4 julio 1970, tanto material como formalmente, representa una culminación de la orientación iniciada en 1958, perfeccionándose en algunos detalles y extrayendo las últimas consecuencias de sus principios

La materia continúa distribuyéndose en tres secciones, con un cambio meramente terminológico en el enunciado de la tercera derivado de sustituir la adopción **menos plena** por la **adopción simple**. Continúa incrementándose

la extensión de los preceptos del Código Civil, y, en algún caso, comienzan a transformarse peligrosamente en preceptos reglamentarios; tal ocurre con el artículo 174 en el que se da una muy discutida definición de **menor abandonado**, lo que se completa con la regulación de los efectos que produce la entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico. En todo caso resulta claro el propósito del legislador de mantener la institución en el ámbito civil pues se declara contundentemente que la **situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción** (art. 174, último párr.).

Sustantivamente siguen rebajándose los requisitos para adoptar (30 años), así como la diferencia de edad (16 años); se permite adoptar a personas solteras o legalmente separadas. En cuanto a sus efectos y con carácter general se dice ahora, más bien como enunciación de buenas intenciones, que al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, ya que esta regla sufre algunos recortes cuando en la sucesión el hijo adoptivo concurre con hijos naturales, y carece de aplicación en relación con la familia del adoptante. En principio, la adopción plena, en cuanto a las relaciones entre adoptantes y adoptado, produce los mismos efectos que la filiación legítima; para la adopción simple, que sigue siendo una forma residual de adoptar, la equiparación se establece ahora con los hijos naturales.

La nueva ley parece que quiere innovar el concepto de adopción, pues la existencia de hijos o descendientes ya no constituye obstáculo legal, sino una mera circunstancia que el Juez ha de valorar junto a la conveniencia del menor. La valoración que la doctrina hizo de la ley de 1970 vendrá marcada por la ulterior promulgación de la Constitución y el profundo cambio que se produce en las relaciones familiares; así ocurre que inicialmente se juzga muy positivamente, pero a partir de 1978 la valoración cambia de sentido, de lo que constituye un exponente las opiniones de RODRIGO BERCOVITZ (*Comentarios Albaladejo*, p. 270 ss.), que se sintetizan así: 1.º) La ley se queda a mitad de camino a la hora de integrar plenamente al adoptado en la familia del adoptante, y cortar totalmente las relaciones con la familia originaria; 2.º) Se permite la revocación de la adopción sin que se articule claramente la posibilidad de una nueva adopción; 3.º) Es desacertado no reconocer automáticamente la nacionalidad española al adoptado plenamente; 4.º) Falta una regulación adecuada de los trámites de la adopción y un control eficaz de los mismos; 5.º) No se prevé un periodo de prueba antes de iniciar el expediente o la aprobación judicial; 6.º) Parece excesiva la edad mínima para adoptar; 7.º) Es criticable que no se prevea expresamente la adopción de los propios hijos ilegítimos no naturales; y 8.º) Es anacrónica la prohibición de adoptar a las personas cuyo estatuto religioso prohíbe el matrimonio. Se añadía la incorrección del concepto de abandono y el mantenimiento del requisito de la escritura pública.

La reforma de 1970 mantuvo a la institución en el ámbito estrictamente privado, declarando la competencia exclusiva de los Tribunales civiles para declarar el abandono y aprobar la adopción; si acaso, se reprochó al legislador excesiva complacencia con los padres naturales que habían entregado el hijo a una institución, con intención real de abandonarlo, pero que acudían a subterfugios. En realidad, el interés de la adopción se centraba en la realizada en forma plena respecto de menores abandonados. Las estadísticas probaban que, en los años de la Transición, aproximadamente la mitad de los niños inscritos en el Registro Civil como hijos de padres desconocidos no eran objeto de adopción. Las críticas de la doctrina se orientaban, según creo, a un perfeccionamiento del régimen civil, y no a su desvirtuación.

V. ALGUNAS REFORMAS PARCIALES POSTCONSTITUCIONALES

La Ley de 13 mayo 1981, reformadora —entre otras materias— de la filiación, obligó a modificar, al menos acogiendo la nueva terminología, los preceptos correspondientes del régimen de la adopción, al mismo tiempo que ciertas cuestiones de detalle, dentro de la línea general de la Ley de 1970. Pero no fue cuestión de mero detalle la inopinada supresión del art. 176 por obra de la Ley de 7 julio 1981 sobre matrimonio, calificada de **buen ejemplo de mal hacer parlamentario**, obligando a la doctrina a realizar arriesgados ejercicios interpretativos para entender que dicho precepto seguía vigente (en tal sentido, ARCE, SANCHEZ-REBULLIDA y BERCOVITZ). Otras modificaciones parciales son resultado de las reformas sobre la nacionalidad, que conducen a atribuir de modo automático la nacionalidad española, al plenamente adoptado (después de 1987, a cualquier adoptado). Algunas de estas reformas habían sido sugeridas por la doctrina, y, en todo caso, se seguía en el marco de los principios inspiradores de la Ley de 1970.

VI. LA REFORMA DE LA LEY DE 11 NOVIEMBRE 1987

Supone una ruptura con el anterior sistema adoptcional, recogiendo, en parte, aspiraciones doctrinales expresadas a la vista de la Ley de 1970 (integración total del adoptado en la familia del adoptante y corte total de relaciones con la familia de origen; reducción de las causas de revocación de la adopción; posibilidad de un periodo de prueba preadoptivo; reducción de los requisitos para adoptar, especialmente la edad, supresión de la prohibición de adoptar por razones religiosas, supresión de la fase notarial), pero, al mismo tiempo, alterando radicalmente el marco legal-organizativo dentro del cual se

aprueba la adopción. Ello conlleva importantes innovaciones de la técnica jurídica utilizada, que en, ocasiones, merecen una evaluación positiva y otras veces no pueden calificarse sino negativamente.

Son, a mi juicio, aspectos positivos formales de la Ley de 1987, sin entrar en su contenido: a) la modificación simultánea de las normas de Derecho internacional privado (art. 9, ap. 4 y 5); b) regulación por primera vez desde la entrada en vigor del Código Civil de las normas sobre jurisdicción voluntaria en esta materia (arts. 1825 a 1832 LEC); c) y, aun siendo insuficientes, las normas transitorias. Son, en principio, innovaciones merecedoras de un juicio negativo: a) la introducción, en el enunciado del capítulo V, del inciso **otras formas de protección de menores**, junto a la adopción, y ello debido a que no se define qué es la protección de los menores a efectos civiles, ya que en el propio Código se regulan, en otras sedes, diversas formas de protección de aquéllos (por ej. la patria potestad, la tutela, la curatela, el defensor judicial, el administrador de bienes etc.); b) la introducción, en el Código Civil, de normas integramente administrativas porque el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica pertenecen a este ámbito del ordenamiento (así los arts. 172, en parte el 173 y el 174); c) las disposiciones adicionales 1.^a y 3.^a de la Ley de 1987, por su carácter claramente administrativo la primera —inadecuada, como he dicho, en una norma civil— y por su carácter de norma vergonzante la segunda al modificar y contradecir abiertamente el artículo 175.1 del Código Civil que considera como supuesto normal la adopción por ambos cónyuges; se trata de una regla básica, referida nada menos que a la capacidad para adoptar.

La Ley de 1987 tiene una Exposición de Motivos que trata de justificar las profundas reformas introducidas. Pero parece gratuita la aseveración de que «el anterior sistema no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado». Tal afirmación es inexacta por cuanto que la conveniencia del adoptado se exigía ya en el artículo 178 de la redacción originaria, y se reitera en el artículo 173 de la Ley de 1970. Denunciar, en 1987, «una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción» implica, al menos, una implícita y grave acusación de negligencia a los órganos judiciales que han intervenido hasta ahora en su aprobación. Tampoco resulta muy afortunada la siguiente frase: «La adopción no será ya un simple **negocio privado** entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquél de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados»; pero aquí se alude a problemas distintos que requieren una adecuada diferenciación; la naturaleza jurídica de la adopción (para algunos autores:

del **negocio jurídico adoptcional**) no puede despacharse en un par de líneas con una frase equívoca (anteriormente se ha aludido al «odioso tráfico de niños» que nadie deja de condenar, y ahora se insiste en parecida idea «simple negocio privado», que no es difícil relacionar con el debatido tema de la naturaleza de la adopción, señuelo en el que —debe reconocerse— han caído no pocos autores); la selección de los adoptantes es un tema delicado y no fácil de resolver cuando, por un lado, se atribuye a la Administración el monopolio en la propuesta de adopción, y, por otro, se confía al Juez la última palabra (surge así una batería de preguntas sin respuesta: ¿puede éste rechazar al candidato o a todos los candidatos propuestos por la Administración? ¿puede recabar datos y proponer a otros, aunque no figuran en la selección propuesta? ¿puede rehusar sistemáticamente a los candidatos propuestos?).

Si anteriormente el concepto clave para la adopción plena era el de **abandono**, ahora se emplea el de **desamparo**, cuyas definiciones legales no son coincidentes (cfr. art. 174 según la Ley de 1970 y art. 172.1 conforme a la reforma de 1987). Más grave era el problema derivado de la omisión de cuál sea el órgano competente para declararlo, ya que esta última ley no reprodujo el párrafo final del artículo 174 de 1970 (a cuyo tenor **la situación de desamparo será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción**) y tampoco se aclaraba de modo explícito en la E. de M. de la ley. A ello se unía la falta de determinación de los efectos que tal situación, una vez declarada por el órgano que se considere competente, haya de producir sobre la patria potestad o la tutela hasta entonces existentes sobre el menor. La práctica solventó tal omisión entendiendo que la declaración de desamparo correspondía a la entidad pública a la que se atribuía la nueva tutela legal que se creaba, lo que originó otro problema ulterior sobre el órgano jurisdiccional competente para resolver los eventuales recursos de los padres o tutores. ¿Podían las Salas de lo Contencioso de las Audiencias decidir cuestiones relativas a la patria potestad o a la tutela de menores? No finalizan aquí las incoherencias de la Ley de 1987. En efecto, el artículo 172.1 **crea una tutela ex lege de carácter administrativo**, alterando sin justificación razonable los principios en que se basó la reforma de la tutela, aprobada apenas cuatro años antes. Es un ejemplo de **reforma por carambola** (que los franceses llaman **par ricochet**) que ahorra al legislador dar demasiadas explicaciones, con mengua de la claridad. En 1983 se pasa de un sistema de tutela de familia a otro exclusivamente de tutela de autoridad, que en 1987 se convierte en mixto cuando todavía no se han podido conocer los efectos del trascendental cambio legislativo operado en 1983. A nadie parece preocupar que el delicado entramado de relaciones familiares se someta en cortos periodos de tiempo a cambios tan bruscos.

La **administrativización de la adopción** es casi total en la Ley de 1987, pues salvo los casos exceptuados en el artículo 176.2 (supuestos claramente

excepcionales: adopción del sobrino huérfano por sus tíos, adopción del hijo del consorte, adopción del propio tutelado), en todos los demás «para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública» (art. 176.2), la cual también tiene que prestar su consentimiento en el acogimiento (art. 173.2) salvo en el acordado por el Juez; por otra parte, las CCAA habilitan a las entidades colaboradoras de integración, bajo severos requisitos y otorgándolas muy limitadas competencias (Disp. Adicional 1º Ley 1987).

Esta administrativización produce dudas en orden a los recursos que los particulares pueden interponer contra acuerdos de las entidades públicas; por ej. ejercicio de un derecho de visita por los padres privados de la guarda, oposición a un acogimiento administrativo, oposición a la adopción propuesta por la Administración, derecho de los aspirantes a adoptar que no han sido seleccionados por la Administración, aun cuando cumplan todos los requisitos legales.

Técnicamente la Ley de 1987 ha introducido en el Código Civil normas indudablemente administrativas, o bien, supuestos de hecho administrativos que condicionan la producción de un efecto civil, haciendo surgir dudas, por ej. sobre la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la adopción, que, como es notorio, da origen a un **status** de inequívoco carácter civil, con efectos en las situaciones familiares anteriores del menor afectado. Que las viejas instituciones codiciales de la patria potestad y la tutela no siempre eran suficientes y adecuadas para asegurar la **protección integral de los hijos** a que alude el artículo 39.2 CE ello no justifica, en mi opinión, legislar para que aquellas instituciones cuyos perfiles habían sido notablemente perfeccionados y modernizados en los años 1981 y 1983 queden disueltas en conceptos jurídicos indeterminados tales como la **asistencia a los menores**. Pienso que el **modus procedendi** debe ser el inverso; primero aplicar, en toda su plenitud, las normas civiles, y, en segundo término, rellenar sus insuficiencias con las instituciones administrativas. Si existen padres y tutores que incumplen sus deberes, mecanismos hay para sustituirlos legalmente; pero cuando las entidades públicas declaran reiteradamente que carecen de medios personales o materiales para asistir a los menores, abandonados o delincuentes, ¿quién acudirá a reemplazarlas? A nadie puede sorprender que el periodo que se abre con la Ley de 1987 haya supuesto un intenso debate doctrinal, con síntomas de desorientación, y una praxis casi anárquica derivada de la aplicación de una legislación autonómica no pocas veces divergente, o, al menos, no coincidente entre sí.

Los objetivos de la reforma de 1987 se expresan así en la E. de M.: «La presente Ley (...) pretende basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado

que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución». Por mi parte, nada que objetar a semejante **ratio** de la reforma de 1987, aunque añadido a continuación que los mecanismos puestos en aplicación no parecen los más adecuados para lograrla. Sin perjuicio de que no se define adecuadamente, cabe dudar que una entidad administrativa esté en condiciones de alcanzar una óptima **integración familiar**, y en cuanto al **beneficio del adoptado**, no deja de ser otro concepto jurídico indeterminado, de difícil concreción, pero cuya interpretación última ha de confiarse al Juez, y no precisamente a la entidad pública. La experiencia de estos últimos años demuestra que esos otros intereses legítimos, que la E. de M. declara respetar, en ocasiones han sido sacrificados sin más (por ej. negativas reiteradas para que los padres por naturaleza se hagan oír en las instancias administrativas, y cuando el Tribunal lo hace, ha pasado tiempo suficiente para consolidar una situación de hecho que supone la pérdida del hijo).

El **producto legislativo** que la Ley de 1987 ha incorporado al Código Civil, aparte de la excesiva extensión de algunos preceptos, contiene definiciones redactadas en el mejor estilo decimonónico; por ej. la que describe en el artículo 173.1 los efectos del acogimiento, el cual **produce la plena participación del menor en la vida de familia** (pero cabe interrogarse: ¿cómo lo produce? ¿es un efecto automático? ¿es instantáneo, o se desarrolla y se prolonga en el tiempo? ¿dispone el acogido de una acción para obtenerlo?). El acogido vive, efectivamente, en compañía del o de los acogedores y tiene derecho a ser alimentado y educado por éstos, así como a una formación integral; pero ¿se podrá imponer a los acogedores un grado de intimidad tan grande como la que mantiene con sus hijos por naturaleza? ¿tendrá que hacer partícipe al acogido de los secretos de familia?; la respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues existen, a estos efectos, en la ley y en la vida real, diversos grados de integración en la vida de familia; la que mantienen los padres con sus hijos de sangre, que es, sin duda, la de mayor intensidad, a la que quizá pueda equipararse —en la práctica—, como resultado final, la que logran mantener, en muchos casos, adoptantes y adoptados; el tutor con asignación de frutos por alimentos podrá recibir en su casa al pupilo, pero probablemente no le tratará, de hecho, como a su propio hijo; con mayor razón ocurrirá ésto si el tutelado no convive con el tutor (el Código Civil no le impone esta obligación, sino únicamente la de **procurarle alimentos**): todavía en una escala inferior ha de colocarse al menor acogido, que cuando el acogimiento no se hace con finalidad de adoptar y es remunerado, conduce inevitablemente a una menor **familiaridad**. De aquí que no pueda hablarse, con propiedad, de una **plena participación del menor en la vida de familia**, al menos en la mayoría de supuestos. También resulta criticable el uso y abuso de conceptos jurídicos indeterminados, tales como el **inadecuado ejercicio**

de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores (art. 172.1, al describir el desamparo). Cabe preguntar ¿con qué parámetros se declarará tal inadecuación? ¿conforme a los criterios del funcionario de turno, o según las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, o, más bien, según las directrices vigentes en cada comunidad autonómica? Bajo otra perspectiva ¿qué significa que el Fiscal ejerce la **superior vigilancia** de la tutela administrativa en caso de desamparo, cuando toda tutela debe estar **bajo la salvaguarda de la autoridad judicial** (según el art. 216, precepto en vigor todavía hoy); ¿se trataría más bien de contraponer una **vigilancia ordinaria** de la propia Administración, a la **vigilancia superior** del Fiscal? ¿cómo compaginar estas normas? Caben todavía ulteriores interrogantes: ¿puede la entidad pública incurrir en desamparo? (el supuesto no es académico, pues en las grandes ciudades hay muchos menores ejerciendo la mendicidad o la prostitución, sin que intervenga, de hecho, la Administración). Quizá la máxima ambigüedad del legislador se transparenta en la redacción del artículo 239, cuyo primer párrafo trata de compaginar el sistema tutelar de la Ley de 1983, con la tutela **ex lege** de la Ley de 1987: «La tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a que se refiere el art. 172». Precepto coherente con el de referencia, pero que ya no resulta tan coherente con el segundo pár. del art. 239: «Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste». El impersonal se **procederá**, es ejemplo máximo de ¿calculada? ambigüedad; no se dice que proceda el Juez, o la Autoridad administrativa, o a instancia del Fiscal o de un familiar; máxime cuando se incluye otro concepto jurídico tan indeterminado cuando se alude a **otras circunstancias**; ¿significa tal norma que cualquier Juez puede encontrar cualquier circunstancia que excluya la tutela **ex lege** del menor desamparado?

VII. LA ADOPCION EN LA LEY DE 15 ENERO 1996

Con esta Ley orgánica 1/1996, bien puede decirse que el legislador ha *rizado el rizo* en cuanto a la utilización de una inadecuada e incorrecta técnica legislativa para la reforma de las instituciones civiles, haciendo caso omiso de la lógica y del sentido común, con lo que logra desconcertar al operador jurídico, que encuentra no pocas dificultades para conocer el derecho realmente en vigor. Nuevamente nos encontramos en presencia, no de una ley-marco, sino de una ley-río, variopinto complejo de normas de naturaleza diversa (desarrollo de tratados internacionales y de principios constitucionales, normas administrativas, procesales, civiles y registrales), cuyo análisis

minucioso es imposible hacer en este momento. Aquí hay que constatar que parece confirmarse la regla de que **adoptio semper reformanda est**, lo que no resulta demasiado provechoso, ni para el ordenamiento, ni para la institución misma.

Si atendemos a la sorprendentemente extensa E. de M. parece escasamente convincente la invocación ahora del artículo 39 CE en cuanto obliga a los Poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y, de modo especial, a los menores; lo es así porque tal protección, en su origen, estaba degradada constitucionalmente a mero principio de política social y económica, valioso en sí mismo, pero insuficiente por su carácter variable, a tenor de la coyuntura y de los programas con que cada partido concurre a las elecciones; y lo es con mayor razón cuando otras leyes ordinarias, desde 1981, han modificado en profundidad el Derecho de Familia (el Gobierno que ha presentado el proyecto de ley intervino en las reformas de tutela, adopción, procreación asistida, no discriminación por razón de sexo etc.). La propia E. de M. reconoce **determinadas lagunas en su aplicación**, lo que viene a ser paladina confesión del alegre apresuramiento denunciado por la doctrina en la elaboración de algunas de aquellas leyes; por otra parte se utiliza el socorrido recurso al **tiempo transcurrido**, que ha hecho surgir nuevas necesidades y demandas en la sociedad, argumento escasamente atendible y que muestra el fracaso del método sociológico, tantas veces invocado y probablemente tan inadecuadamente utilizado en la preparación de nuestras reformas legislativas; los estudios de prospectiva deben prever la evolución social, y no resulta de recibo que a los cuatro años de promulgada la tutela haya que alterarla en sus principios al regular la adopción, y que antes de un decenio de promulgada la reforma de esta última, haya necesidad de otro apuntalamiento de su régimen. La actual regulación de la adopción no es el fruto logrado de un experimentado legislador, sino más bien de alguien que va dando *palos de ciego*», tanteando aquí y allá para *parchar* la legislación que poco ha él mismo había promulgado.

De hacer caso a lo que añade la E. de M. dijérase que la nueva Ley constituye el **punto de partida de la segunda gran reforma del Derecho de Familia**. Permítaseme una cita extensa de aquélla:

«La presente ley pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil. En este sentido, —y aunque el núcleo central de la ley constituya, como no podía ser de otra forma la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código— su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. Las transformaciones sociales y culturales

operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el **status** social del niño, y como consecuencia de ello un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos».

En primer lugar, séame permitida una puntualización; las **tradicionales instituciones familiares** ya no lo son tanto, pues todas ellas han sido remozadas y modernizadas a partir de 1981. Hay que rechazar, por tanto, la indicada evocación a título despectivo o peyorativo.

Está clara la identificación de la causa impulsiva de la nueva Ley en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada en su momento por España, en la cual se encuentra base para construir un **nuevo Derecho protector de los menores de edad**. Me parece necesario, sin embargo, avanzar algunas reservas a este bienintencionado propósito, ya que faltan estudios previos —como se están realizando en otros países europeos— que detecten las cuestiones o materias que merecen ser modificadas, sin perjuicio de analizar en profundidad la Convención misma.

En materia de adopción, el artículo 21 de la Convención de 1989 contiene unas reglas muy generales sobre la institución, y unas precisiones sobre la adopción internacional, que van a ser reiteradas y desarrolladas por las Conferencias de La Haya en 1993. Precisamente esta última modalidad de adopción tenía una laguna en el ordenamiento español, que ha tratado de llenar el artículo 25 de la Ley de 1996, por lo que, en principio, la introducción de este precepto ha de valorarse positivamente; igualmente la flexibilización introducida respecto de las entidades acreditadas a quienes las normas internacionales otorgan mayor protagonismo que el ordenamiento interno, especialmente la Disposición Adicional 1.^a de la Ley de 1987. En cuanto a la adopción en sí misma, el artículo 21 de la Convención dice: «Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán para que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario». Obsérvese que el Convenio no obliga a introducir la adopción en el ordenamiento de un país determinado, sino que, caso de reconocerla o permitirla, la somete a ciertas orientaciones muy generales, que, en principio, parece cum-

plía la ley de 1987 (si acaso, cabría revisar la exigencia de asesoramiento para poder dar, con conocimiento de causa, el consentimiento a la adopción). Luego, en principio, no había **imperativos internacionales** para modificar con urgencia el régimen de la adopción ordinaria.

Pero ¿dónde radica ahora la **sedes materiae** de la adopción? Al menos en dos ubicaciones diferentes. La suya propia radicada en la sec. 2.^a, capítulo V, Título VII, Libro I del Código Civil (allí adonde va a buscarla el jurista formado en nuestras Facultades); y la ¿nueva? sede situada en el capítulo III De la **adopción**, Título II de la Ley de 1996; es verdad que dicho capítulo sólo consta de dos preceptos, el 25, ya aludido, relativo a la adopción internacional, y el 24 que constituye una norma de remisión: «La adopción se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable». Podía haber añadido las once primeras disposiciones finales (menos la tercera y la cuarta) de la propia Ley de 1996, que modifican en bastantes puntos el régimen del acogimiento y de la adopción. Es inevitable una nueva crítica por la insólita técnica legislativa utilizada aquí; nunca mediante disposiciones finales se modificó tan extensamente el Código Civil (todavía hay que añadir la Disp. final 18.^a2 que retoca varios párrafos del art. 171). La dualidad de **sedes materiae** carece de sentido, y, en el presente caso, hay que reconducir la institución al Código Civil. En efecto, siguen en vigor las normas de este cuerpo legal, si bien con la redacción que a la mayoría de sus preceptos ha dado la Ley de 1996, a lo que deben añadirse las Disposiciones Adicionales y Transitorias de la Ley de 1987, mientras que la Disposición Final deberá ser completada con los nuevos arts. 101 a 1909 de la LEC según la redacción de la Disp. Final 19.^a de la Ley de 1996.

Considerable dispersión legislativa y no escasa dificultad para saber, en cada caso, el texto realmente en vigor, a lo que deben adicionarse otras críticas de técnica legislativa. En materia de Derecho Internacional Privado, cabe destacar el nuevo pár. 5.^o del artículo 9.5 Código Civil, a cuyo tenor: «No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción». Nada que objetar a la primera de las reglas transcritas, pues si la ley española ha unificado los efectos de la adopción, sería perturbador admitir otros tipos de adopción. La segunda —buen ejemplo de la **longa manus** que la Administración quiere ejercer más allá de nuestras fronteras—, puede dar origen a no pocas **adopciones de hecho**, válidas según el país de otorgamiento y no reconocidas en el de destino del adoptado. Adviértase que no estamos aquí en presencia de la **adopción internacional**, ni de la realizada en el marco de Tratados bilaterales, cuyas reglas priman sobre las internas.

Los artículos 172, 173 y 173 bis —aparte de la **inelegantia** de reintroducir artículos bis en el Código Civil— son ejemplos modélicos de la incrustación de normas administrativas en dicho cuerpo legal, de proliferación de normas jurídicas indeterminadas y del abuso de introducir supuestos de hecho administrativos en normas de derecho privado. Es verdad que el legislador ha recogido algunas de las críticas hechas a la reforma de 1987, precisando los efectos civiles de actos administrativos; así el pár. 3.º del artículo 172.1 dice ahora que «La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la **suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria**»; pero con ello se abre un nuevo interrogante sobre sus efectos, pues la reforma de 1981 suprimió los casos de suspensión y sólo alude a los de privación de la patria potestad (art. 170); también obedece a un propósito clarificador la regla contenida en el art. 172.6: «Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa» ¿También serán igualmente recurribles otro tipo de resoluciones administrativas relacionadas con el acogimiento, o el derecho de visita, o la no selección para una adopción o la negativa a conceder la idoneidad para adoptar?

El artículo 172.1, párrafos 1.º y 2.º, es una norma administrativa cuyo cumplimiento se encomienda al órgano de esta clase y cuyo supuesto de hecho, descrito en el pár. 2.º y cuya redacción se mantiene invariada desde 1987, contiene peligrosos conceptos jurídicos indeterminados ya denunciados. Es verdad que la reforma de 1996 ha añadido un deber de notificar las medidas adoptadas, en un plazo de 48 horas, a los padres, tutores o guardadores; pero la más amplia notificación sobre las causas que dieron origen a la intervención administrativa y, sobre todo, de los posibles efectos de aquélla, sólo se efectúa «siempre que sea posible», circunstancia que aprecia la Administración. Me parece inadecuado que el interés del menor y la eventual reinserción del mismo en su propia familia sean apreciados soberana y exclusivamente por la Administración, por carecer de medios apropiados para ello, y, hasta podría añadirse, «por falta de costumbre».

El nuevo artículo 173 se ha convertido en una norma claramente reglamentaria al añadirse en la reforma de 1996 los requisitos del documento de formalización del acogimiento familiar otorgado por la Administración. Es cierto que sus efectos —descritos en el art. 173.1 inciden en la esfera familiar del acogido, y que da origen a derechos y deberes de naturaleza civil, pero el protagonismo de la Administración es decisivo pues le corresponde la iniciativa para constituirlo y para hacerlo cesar «cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés «del menor (art. 173.4, 4º). Otro supuesto de relaciones personales y familiares en manos de la Administración. Tampoco extrañará que el artículo 173 se haya convertido en uno de los más extensos del Código Civil.

Del artículo 173 bis, bien podría decirse que sirve para que el legislador intente aclarar sus ideas, dada la pluralidad de acogimientos que regula en el artículo anterior; no parece que alcance este objetivo, pues, aparte de ser discutible la contraposición **acogimiento familiar simple y acogimiento familiar permanente**, en realidad con esta última figura ha venido a crear una híbrida figura competitiva de la tutela, sin que se demuestre que sea mejor (tiene efectos legales menos intensos que aquélla), aunque la Entidad pública puede solicitar del Juez que atribuya a los acogedores algunas facultades tutelares (¿es el **uso alternativo** del Derecho de familia?). Quizá lo más útil de este precepto sea perfilar mejor el **acogimiento preadoptivo**.

El nuevo artículo 176 viene a ratificar e intensificar la, al menos discutible, si no puede calificarse de peligrosa, **administrativización** de la adopción. No sólo se requiere propuesta previa de la entidad pública, sino que el adoptante o adoptantes propuestos haya sido declarado idóneo, por aquélla, para el ejercicio de la patria potestad. **¿Idoneidad administrativa para ejercer la patria potestad?** La frase es literal y su análisis no deja de causar estupefacción. Adoptar un hijo es una profunda y meditada decisión de los que aspiran a ser padres, enraizada en las motivaciones últimas de la gratuidad y cabe dudar que pueda racionalizarse administrativamente. Ciertamente, hay unos requisitos legales que deben cumplirse (por cierto, cada vez más simplificados), cuyo control está en manos del Juez. No sé si el legislador es consciente de la problemática que abre el nuevo requisito: ¿es vinculante para el Juez? ¿cabe ejercitar una acción declarativa para lograr la **declaración judicial de idoneidad adoptiva**, que sería vinculante para la Administración? ¿cabe impugnar la negativa de la Administración a reconocer tal idoneidad a una pareja que reúne requisitos legales? La nueva redacción del artículo 176 dista de ser perfecta técnicamente; la idoneidad se contempla en los apartados 1 y 2; el Juez no puede iniciar el expediente de adopción en los supuestos normales, si no hay propuesta previa a favor de adoptante o adoptantes idóneos; pero, una vez iniciado, ¿puede recaer la adopción en favor de persona que no figure en la propuesta inicial, pero que pudo figurar en propuestas anteriores? ¿es la idoneidad un requisito administrativo o civil? ¿qué recursos caben contra la negativa de la Administración a **idoneizar** a unos solicitantes? Parece claro que el Juez no está vinculado por la propuesta administrativa pues el juicio final sobre el **interés del adoptado** le corresponde en exclusiva; cabría un rechazo del candidato único propuesto, o de los varios que figuran en la propuesta. Es seguro que no puede nombrar a persona no propuesta, pero es dudoso que no pueda hacerlo respecto de anteriores candidatos declarados idóneos por la Administración. En los casos exceptuados, no se dice expresamente que el adoptante posea la idoneidad, pero parece aplicable el apartado primero y, por tanto, cabe que el Juez no apruebe tales adopciones, exceptuadas de propuesta administrativa, por falta de aquel requisito.

Las modificaciones introducidas en el artículo 177 ofrecen un marcado contraste con anteriores preceptos que regulan, en general, la actuación de la Administración; mientras que a ésta se le otorgan amplias facultades con base en conceptos jurídicos indeterminados que ella sola interpreta, el procedimiento adoptcional ha sido reformado para reforzar los derechos de los padres por naturaleza; cuando éstos, sin estar privados de la patria potestad por sentencia firme, hubieran quedado incurso en una causa legal de privación, se ordena que tal circunstancia sea apreciada en procedimiento judicial contradictorio; asimismo, la imposibilidad de prestar el asentimiento debe apreciarse motivadamente en la resolución judicial que apruebe la adopción. Todo ello debe valorarse, a mi juicio, positiva, aunque insuficientemente.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Si para algunos resulta inevitable la denunciada administrativización de la adopción, con todo sigue siendo lícito preguntarse si la misma no va en contra de los signos de los tiempos. Como es sabido, la Ley de 7 julio 1981 inició un proceso de **privatización** de las relaciones conyugales, cuya extensión a las demás relaciones familiares no parece encontrar obstáculos. Cuando se privatizan las empresas y los servicios públicos. ¿no parece un contrasentido operar en sentido contrario en la filiación adoptiva? Por otro lado, el exceso de administrativización en esta materia conduce a someter una relación de derecho privado a los vaivenes de la política reglamentaria, incluso con derivaciones autonómicas que son ya patentes. Aun cabría añadir que cuando se están experimentando las consecuencias de las grandes reformas familiares propiciadas por la Constitución de 1978, no parecería prudente embarcarse en una nueva reforma, a fondo, del Derecho de Familia.

Volviendo al tema inicial, en cuanto a la técnica legislativa utilizada en España para reformar la adopción en el último medio siglo, no puede menos de calificarse de **deplorable**, nunca utilizada, a lo que sé, en otra institución civil; o, por lo menos, merecería el calificativo de **muy deficiente**, con las lamentables (Véase la STS de 21 septiembre 1999, con un impresionante *factum*, siendo Ponente Almagro Nosete) e inevitables consecuencias que está teniendo a nivel aplicativo. Sólo cabe preguntarse **¿cuándo será la próxima reforma de la adopción?**

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

Algunas ideas sobre el ámbito de la anotación de demanda

SUMARIO: I. CONCEPTO DE LA ANOTACION DE DEMANDA.—II. NATURALEZA JURIDICA: A) DESDE EL PUNTO DE VISTA REGISTRAL. B) DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL. III. AMBITO DE LA ANOTACION: A) EN CUANTO A LA DEMANDA ANOTABLE. B) EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO EN QUE SE EJERCITA LA PRETENSION: 1. *Procedimiento civil*. 2. *Procedimiento penal*. 3. *Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*. 4. *Procedimiento administrativo y contencioso-administrativo*.

I. CONCEPTO DE LA ANOTACION DE DEMANDA

El concepto de la anotación preventiva de demanda, y, sobre todo, su ámbito, han estado dominados en la doctrina, de una forma excesivamente influyente por la dicción literal del artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria, que ha permanecido prácticamente inmutable a pesar de las modificaciones sucesivas de la Ley.

En efecto, el citado precepto establece:

«Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.»

Ahora bien, si es cierto que dicha idea no ha sufrido variación, no lo es menos que no debe impresionar demasiado, pues sí la han sufrido otros preceptos concomitantes, los cuales han de producir un cambio en la interpretación del mismo, no sólo porque el *numerus clausus* de las anotaciones no quiere decir que estén contenidas todas en el artículo 42, dada la dicción del número 10 del mismo artículo («**el que, en cualquier otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o**

en otra Ley»), sino, sobre todo, porque hay que interpretar dicho precepto de manera sistemática, es decir, en armonía con otros que no se contenían en la primitiva legislación hipotecaria, de conformidad con lo que se ha llamado siempre interpretación sistemática, y que hoy está legalizada en el artículo 4 del Código Civil, al establecer que las normas deben interpretarse **en relación con su contexto**.

En primer lugar, hay que decir que el concepto de anotación preventiva de demanda tiene que ser necesariamente correlativo con el de derecho o situación inscribible. En consecuencia, parece necesario partir de un aserto esencial: será anotable la pretensión en la que se reclame la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho o situación jurídica inscribible. Así, no plantea duda de que será anotable la demanda de reconocimiento de un arrendamiento inscribible, o la de un derecho de opción, aunque no se reconozca a este último el carácter de derecho real.

Pero es que, además, existe en la reforma hipotecaria de 1944-46 un precepto nuevo, que es preciso interpretar. En efecto, el artículo 40 de la Ley, al aludir a los casos de rectificación del Registro, establece como norma general que

«la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquéllos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente».

...

«En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.»

Este artículo ha sido olvidado muchas veces y, sin embargo, es esencial para entender el concepto y ámbito de la anotación de demanda, porque, si la rectificación del Registro sólo tendrá lugar cuando se dicte la sentencia, ¿cómo no se va a proteger al demandante, permitiéndole que anote su demanda y, en consecuencia, evite que, durante la sustanciación del procedimiento surja un tercero protegido por el artículo 34, cuya situación sería inatacable y haría ineficaz el juicio?

Por ello creemos que debe conceptuarse la anotación preventiva de demanda como **aquella anotación preventiva por la que se hace constar en el Registro la existencia de una pretensión que, de prosperar, produciría una alteración del mismo**.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de julio de 1962, dice que la anotación preventiva de

demanda no debe limitarse a las acciones de naturaleza real, sino que pueden tomarse **«también en los supuestos en que la pretensión deducida ante los Tribunales deba producir efectos sobre inmuebles inscritos»** (se trataba de la anotación de demanda de derecho de retorno), la de 1 de julio de 1998 dice que dicha anotación puede abarcar **«aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración registral»**, y la de 5 de febrero de 2000, que pueden ser objeto de esta anotación **«todas aquellas demandas que, de prosperar, producirían una alteración de la situación jurídica que el Registro publica»**.

II. NATURALEZA JURIDICA

A) DESDE EL PUNTO DE VISTA REGISTRAL

Como dice la doctrina, la finalidad de la anotación de demanda es la de publicar una situación litigiosa que puede afectar a la finca, de manera que no pueda surgir un tercero protegido por la fe pública registral, que, ignorante de dicha situación, no pueda ser afectado por la misma.

Por ello, dentro de la ya clásica distinción de CAPÓ BONAFOUS (1) es una anotación de *mera publicidad*. Ahora bien, la distinción, a pesar de ser citada en todos los manuales, es bastante inútil, como a nuestro juicio lo son las clasificaciones o el estudio de la naturaleza jurídica de las instituciones cuando de las mismas no se pueden derivar consecuencias doctrinal o prácticamente aplicables.

B) DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL

Desde este punto de vista, la anotación de demanda es una **medida cautelar**. Así la ha caracterizado la doctrina científica, la de la Dirección General y la Jurisprudencia. Lo que pretende dicha anotación es asegurar las resultas de un juicio, en la forma que hemos dicho anteriormente, de manera que, impidiendo el nacimiento de un tercero protegido, produce el efecto de que la eficacia de la sentencia se retrotraiga a la fecha de la anotación.

En este sentido, el artículo 727 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil señala como medidas cautelares *específicas*, «La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos» (5.^a), así como «otras anotaciones registrales,

(1) «La anotación preventiva en el Derecho Hipotecario», en *RCDI*, 1933, págs. 292 y sigs.

en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución» (6.^a).

III. AMBITO DE LA ANOTACION

A) EN CUANTO A LA DEMANDA ANOTABLE

Ya hemos dicho antes que es anotable cualquier demanda cuya estimación pueda producir una alteración del contenido del Registro. Y esta alteración debe entenderse en sentido amplio, no sólo incluyendo el concepto de rectificación, en el sentido que lo utiliza el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, sino teniendo en cuenta que dicho concepto de rectificación, tal y como se concibe en dicho precepto, hay que relacionarlo con el de *inexactitud registral*, tal y como la define el artículo 39: **«todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral»**.

La doctrina científica, la de la Dirección General y la Jurisprudencia, que no han llegado a un concepto general del tipo de demandas anotables, han ido abriéndose paso, poco a poco, a lo que, en definitiva es el concepto que mantenemos; así ROCA SASTRE enumera los supuestos siguientes (2):

1. La de demanda ante los tribunales para que se declare la validez del título cuya validez haya denegado el Registrador, en base al artículo 66, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria (3).

2. Los supuestos establecidos en el Reglamento Hipotecario: la reclamación de legítima del artículo 15 de la Ley (arts. 86 y 87.3); la demanda de nulidad o cancelación cuando se ejercite una acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos, según el artículo 38.2 de la Ley (art. 139), del litigio sobre la ineficacia de una cancelación (art. 182), la demanda en juicio declarativo en oposición a la ejecución hipotecaria extrajudicial (art. 236), el escrito de incoacción del expediente de dominio (art. 283.2), la demanda interpuesta por quienes se crean con derecho a los

(2) Derecho Hipotecario, 6.ª ed. Barcelona, 1968, Tomo II, págs. 852 y sigs.

(3) Señala también ROCA SASTRE, dentro de estas anotaciones, aquélla a la que se refiere el artículo 309 de la Ley Hipotecaria. Este precepto, al tratar de la responsabilidad civil del Registrador, dice que «si admitida la demanda de indemnización no pareciere bastante para asegurar su importe el de la fianza, deberá el Juez o Tribunal decretar, a instancia del actor, una anotación preventiva sobre los bienes del Registrador». Sin embargo, ésta no es una anotación de demanda, sino que su naturaleza es la de las anotaciones de embargo, pues su finalidad es el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, y, para que tal indemnización fuera causa de una anotación de demanda, sería precisa una hipoteca tácita sobre dichos bienes.

bienes inmatriculados con arreglo al artículo 205 de la Ley (art. 298, párrafo último), del hecho de haberse presentado al mismo tiempo dos títulos contradictorios referentes a una misma finca, hasta que, a falta de acuerdo entre los interesados, los Tribunales decidan a qué asiento hay que dar preferencia (art. 426.4).

3. La de revocación de donaciones establecida en el artículo 649 del Código Civil.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido la anotación de demanda en otros supuestos concretos, como son:

- la anotación de demanda de anotación de crédito refaccionario (Resolución de 14 de junio de 1899),
- la de ejercicio de la acción pauliana (Resolución de 13 de febrero de 1929),
- la de nulidad de testamento (Resolución de 7 de marzo de 1945),
- la del derecho de retorno (Resolución de 6 de julio de 1962),
- la acción de reclamación de cantidades a las que está afecto un elemento privativo en régimen de propiedad horizontal por deudas a la comunidad (Resolución de 1 de junio de 1989),
- la demanda de retracto (Resoluciones de 19 de noviembre de 1990 y 6 de febrero de 1999),
- la de elevación a público de un documento privado (Resolución de 24 de junio de 1991),
- la reclamación de legítima catalana (Resolución de 5 de febrero de 1999),
- la de nulidad de procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (Resolución de 5 de abril de 1995), y la de nulidad de un juicio ejecutivo ordinario (Resoluciones de 19 y 20 de mayo de 1999),
- la acción de reclamación de cantidades a las que está afecta una finca por gastos de reparcelación (Resolución de 8 de junio de 1999),
- la de nulidad de un juicio ejecutivo ordinario (Resoluciones de 19 y 20 de mayo de 1999).

Pero, en definitiva, las expresadas Resoluciones no son más que aplicaciones concretas de un principio general, que es el reconocido por las tres Resoluciones antes mencionadas y que puede resumirse en el concepto general que antes exponíamos, y que deriva de la interpretación legal, pues la Dirección ni puede ni pretende **establecer supuestos de admisión**, sino aplicar una regla que, de manera más o menos explícita, es la que decimos.

Y quizá se pueda avanzar un poco más en la amplitud de la anotación de demanda, planteando un supuesto: ¿Podría anotarse la demanda de cualquier tipo de ineficacia de un documento inscribible en principio, pero no inscrito,

bien por no haber existido voluntad de inscribir, bien por la existencia de un defecto subsanable que se puede subsanar en cualquier momento, si tal documento ha sido otorgado por el titular registral? Creemos que sí, pues, por una parte, se evitaría al perjudicado o perjudicados por tal documento tener que esperar a la inscripción, y, por otra, se evitaría el supuesto extraño a todo nuestro sistema registral contenido en el artículo 432.1.º, d) del Reglamento Hipotecario, pues es evidente que, desde el punto de vista de la mecánica registral, la prohibición de practicar operaciones otorgadas por el titular debe practicarse en las fincas inscritas a su nombre, con lo que se evitarían los problemas que dicho precepto plantea (así como en el *libro de alteraciones en las facultades de administración y disposición*, que sustituye al libro de incapacitados después de la reforma reglamentaria establecida por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre).

B) EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO EN QUE SE EJERCITA LA PRETENSIÓN

1. *Procedimiento civil*

El procedimiento civil es el sistema natural de toda anotación preventiva de demanda, por lo que se aplican aquí todos los principios generales que desarrollamos en este trabajo.

2. *Procedimiento penal*

La doctrina tradicional niega que se pueda anotar preventivamente una querella. Se suele afirmar que esta doctrina ha sido seguida por la Dirección General, alegando las Resoluciones de 1 de abril de 1991 y 9, 10 y 11 de diciembre de 1992. Sin embargo, creemos que debemos examinar detenidamente estas Resoluciones y alguna otra para ver cómo una lectura detenida de las mismas nos puede llevar a una conclusión contraria:

La de 1991 tiene las siguientes particularidades:

- Se trata, según el fundamento 1.º de «*una querella por estafa y alzamiento de bienes que tendría por objeto asegurar las posibles **responsabilidades civiles** que pudieran declararse procedentes*». Es evidente que en este contexto no prosperaría tampoco una demanda civil, pues la sentencia procedente no produciría alteración alguna que afectara a bienes inmuebles.
- Su fundamento 4.º afirma que en la querella «*en la que no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos (la anotación) ha*

de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el ... artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber, que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que el Tribunal se ha limitado a trasladar la petición del interesado de anotarse la querella».

En cuanto a las Resoluciones de 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, idénticas, resumen en su fundamento 2.º los argumentos anteriormente expuestos. Por todo ello, parece demasiado generalizadora la afirmación de que la Dirección General niega, en las Resoluciones anteriores, la anotabilidad de la querella, aunque uno de los argumentos utilizados sea el del *numerus clausus* del artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria.

Por su parte, la Resolución de 12 de febrero de 1998, que aborda el tema, aunque lo que se solicitó, como consecuencia de un proceso penal, fue la anotación de prohibición de disponer, confirma la calificación del Registrador por estar las fincas inscritas a nombre de personas distintas que no son parte, añadiendo en su fundamento 3.º: *«Por lo anteriormente expuesto, no procede examinar si la anotación pretendida era de querella y se reunían los requisitos para proceder a su práctica»*. Luego en esta Resolución, aunque sea en un *obiter dictum*, la Dirección admite la anotación de querella.

Y también admite dicha anotación, aunque no fuera el tema planteado, la Resolución de 27 de mayo de 1999, en la que, al abordar el tema del artículo 434.1.d) del Reglamento Hipotecario (orden de suspensión del despacho de un asiento de presentación por mandamiento judicial en causa criminal), dice en su fundamento 3.º: *«Debe resaltarse, como ha hecho la doctrina, el carácter extraño del precepto, pues el mecanismo adecuado hubiera sido la anotación preventiva de demanda o querella, cuando la sentencia que en su día pueda recaer tenga transcendencia real (vid. art. 42.1 de la Ley Hipotecaria), y siempre que sea parte en el procedimiento el titular registral, en ese momento, del derecho sobre el que haya de recaer la anotación (art. 2.º de la Ley Hipotecaria)»*.

Además, cabe citar en este ámbito del recurso gubernativo los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de junio de 1994 y 25 de mayo de 1998. El supuesto tratado en este último es el de la querella por alzamiento de bienes interpuesta por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. El Presidente del Tribunal Superior admite la anotación, pues *a esa ... conclusión se llega con un examen detenido de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resoluciones de 1 de abril de 1991, 9, 10 y 11 de diciembre de 1992*. Y continúa precisando de manera bien estudiada los requisitos para dicha anotación, cuando dice:

«Sin embargo, esta inscribibilidad no puede predicarse sólo (y sin más) de la querella, es necesario que se den otras condiciones. De un lado, es preciso —como razonan las resoluciones mentadas— que se cumplan las previsiones del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que el precepto sitúa el momento procesal al de adopción de medidas cautelares civiles. Es, pues, necesario que resulten de la investigación indicios racionales de criminalidad contra una persona. La exigencia deriva del principio constitucional de tutela efectiva, pues, como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que haya de recaer en el proceso, no pudiendo hablarse en este caso de indefensión, puesto que se reúnen los requisitos para su adopción y proyectados tanto en el periculum in mora que deriva de la pendencia del proceso y del retraso en la emisión del fallo como del fumum boni iuris, que se concreta en la apariencia de buen derecho mediante la específica declaración por el órgano judicial de la existencia de indicios de criminalidad. Tales indicios, con toda evidencia, sólo pueden ser valorados por el órgano jurisdiccional.

En segundo término es preciso que con la querella se ejercite una pretensión civil que necesariamente implique la creación, modificación, transformación o extinción de un derecho real. Téngase en cuenta que del acto dañoso castigado por la Ley penal no se deriva el nacimiento de una acción, sino el de una obligación de carácter civil si el hecho es susceptible de engendrar consecuencias civiles, y esa obligación civil hace surgir un derecho del perjudicado para reclamar. Pero esta acción civil es también contingente, no necesariamente conviviente con la penal y de muy diverso contenido, yendo desde la restitución a la reparación y a la indemnización.»

Y la práctica de los Registradores ha admitido la anotación preventiva de querella (4).

El que —como tantas veces— nos da la pauta a seguir es PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en una simple nota a pie de página (5). Hablando el maestro PEÑA de la anotación de demanda, dice que *«debería poder producir anotación preventiva el ejercicio en vía penal de la acción civil contra el titular registral (autor, cómplice), exigiendo una restitución que afecte al inmueble que figura a su nombre (ejemplo, delito de usurpación, de estafa, de alzamiento de bienes) (cfr. arts. 109 y sigs. Cp. y 615 y sigs. y 742-II Lecr)»*.

(4) Pueden verse: *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 44, págs. 52 a 55, y núm. 55, págs. 26 a 30, y *Lunes* 4,30, núm. 119, págs. 2 a 7, y núm. 255, págs. 2 y 3.

(5) *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1999, Tomo II, pág. 592, nota 15.

En efecto, el Código Penal, al tratar en sus artículos 109 y siguientes la responsabilidad civil derivada del delito o falta, establece como forma preferente la restitución del bien obtenido de manera delictiva, estableciendo que deberá devolverse el mismo bien (art. 111), aunque se halle en poder de terceros, salvo que éstos hayan adquirido de manera irreivindicable, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone (art. 742, párr. 2.º) que en la sentencia se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio.

Pero no basta con ello, sino que es preciso que se cumplan todos los requisitos que la protección del titular registral trae consigo; por ello es necesario:

1.º Que en el procedimiento penal se haya ejercitado la acción civil en la que se solicite la restitución de la cosa. También, en puridad de conceptos, haría falta que se solicitara la nulidad de la inscripción correspondiente, pero ello hay que entenderlo, según reiterada Jurisprudencia civil, implícito en la acción de nulidad.

2.º Que en dicho procedimiento hayan tenido intervención los titulares registrales, pues, si no es así, se conculcaría la proscripción de la indefensión establecida en el artículo 24 de la Constitución, y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria).

3.º No basta con la interposición de la querella, pues es preciso que existan indicios racionales de criminalidad, según el prudente arbitrio del juzgador.

4.º Es evidente que debe cumplirse el ámbito objetivo, del que antes hemos hablado, de toda anotación de demanda: que la condena y su consecuencia civil, traiga consigo una alteración del contenido del Registro.

3. *Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*

También puede tratarse de una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, tema que el Alto Tribunal ha abordado en el Auto de la Sala 2.ª de 6 de marzo de 1995, en el que se dice:

«Solicita el demandante, como medida cautelar para preservar sus derechos sobre la vivienda ejecutada frente a los eventuales actos de disposición del adjudicatario, que se acuerde la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.

En nuestro sistema hipotecario, los supuestos de anotación preventiva son taxativos, de suerte que sólo procede en los casos expresamente previstos en la ley.

Hemos de examinar, por ello, si la anotación preventiva de la demanda que promueve un proceso constitucional de amparo puede tener encaje en alguno de los casos contemplados en la Ley, pues el artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria sólo prevé este peculiar asiento registral, que anuncia la pendencia de un proceso cuya decisión final puede implicar la ineficacia o inoperancia jurídica de los títulos inscritos con posterioridad, en el caso de quien demanda en un proceso judicial la propiedad o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble.

Al respecto debe señalarse que, si bien en la demanda de amparo no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades fundamentales por razón de las cuales se formula el recurso (art. 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), la declaración de nulidad del acto o resolución judicial que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos es uno de los pronunciamientos que puede contener la sentencia que otorgue el amparo (art. 55.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); de lo que se sigue que la sentencia recaída en un recurso de amparo puede producir los mismos efectos de anulación o destructores de eficacia jurídica sobre los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad que las resoluciones judiciales, razón por la cual en el supuesto del artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria deben entenderse incluidas también las hipótesis de demandas de amparo, que si no se mencionan es simplemente porque en la época en que se redactó el precepto no existía la jurisdicción constitucional.

Interpretación a la que, por otra parte, se llega, sin dificultad, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y a la nueva realidad social y jurídica que resulta de la existencia del Tribunal Constitucional, conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del Código Civil.

De este modo, a través de la publicidad registral que garantiza a la anotación preventiva, se consigue cautelarmente, frente a los actos posteriores que puedan perjudicarlos, preservar los derechos inscritos del demandante de amparo afectados por la vulneración del derecho fundamental objeto del proceso constitucional.

El artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional faculta al Tribunal Constitucional para acordar como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto o resolución recurrida en amparo; con mayor razón estará permitido a este Tribunal que acuerde una medida cautelar como la anotación preventiva de demanda de amparo que no exige ni presupone la suspensión de la efectividad de la resolución recurrida y, simplemente, anuncia registralmente frente a los terceros la pendencia del proceso constitucional con sus eventuales consecuencias sobre los derechos inscritos.

El Tribunal Constitucional, no obstante, ha de limitar su decisión en esta materia a ordenar que se practique la anotación preventiva solicitada por el

demandante, remitiendo al órgano judicial la práctica de las actuaciones pertinentes para que pueda llevarse a efecto la medida de conformidad con la legislación procesal e hipotecaria».

Realmente, la argumentación es tan pormenorizada que sobra cualquier otro comentario.

4. *Procedimiento administrativo y contencioso-administrativo*

La doctrina hipotecarista clásica no aborda la posibilidad de que pueda tener acceso al Registro la iniciación de un procedimiento administrativo ni la demanda en un contencioso-administrativo, ni la doctrina administrativista se planteó su oportunidad, por diversos motivos, entre ellos, sin duda, por entender que, en la mayoría de los casos, y como dice LASO MARTÍNEZ (6), la todopoderosa Administración, con sus exorbitantes prerrogativas, era una garantía, al menos teórica, bastante para asegurar que los fallos se cumplieran.

Sin embargo, existen en la legislación hipotecaria supuestos concretos de anotación preventiva en procedimientos administrativos. Ya el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, estableció la anotación preventiva de anulación de venta o quiebra de subasta en las enajenaciones realizadas por aplicación de la legislación desamortizadora, bastando para la anotación la correspondiente certificación administrativa, y sus artículos 24 y 25 fueron conservándose en los distintos Reglamentos Hipotecarios, llegando hasta el actualmente vigente (arts. 27 y 28).

Pero el primer «impulso» a una teoría general de la anotación de demanda en procedimiento administrativo vino del VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, octubre de 1984), que en una de sus conclusiones (Comisión Primera, conclusión 8.^a) dice que «las actuaciones de la Administración para exigir el cumplimiento de los compromisos contraídos con ella o en el ejercicio de sus facultades sancionadoras o de las prerrogativas para la revisión de sus propios actos, son susceptibles de acogerse al sistema de publicidad inmobiliaria. Esta publicidad debe concederse también a los particulares con ocasión del ejercicio de su facultad de impugnación en la vía jurisdiccional... de las resoluciones administrativas».

Pero una teoría general de estas anotaciones no surge hasta el trabajo de LASO MARTÍNEZ, anteriormente citado, de 1993. El ilustre urbanista e hipotecarista se circunscribe a la anotación de demanda en el procedimiento contencioso-administrativo, pero sus conclusiones pueden aplicarse, como veremos

(6) «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 77, enero-marzo 1993, págs. 71 y sigs.

después, a la iniciación de procedimientos administrativos. Dice acertadamente LASO MARTÍNEZ (7) que el hecho de que el proceso contencioso se instaure como un proceso al acto no puede hacer desconocer la realidad existente bajo el pronunciamiento formal de la Administración, en la que están puestos en juego unos intereses económicos o unas prestaciones que pueden quedar desvirtuadas por otros actos de la propia Administración o de los particulares beneficiados por ellos.

Desde el Derecho positivo, donde se ha desarrollado con mayor amplitud este tema, es en la legislación urbanística. En efecto, el artículo 307 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (declarado vigente por la Disposición Derogatoria de la Ley 6/1998) establece el acceso al Registro de la incoacción de expedientes sobre disciplina urbanística (núm. 3), la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias (núm. 6), y, en general, de cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas (núm. 8). Es decir, que no sólo se anota la interposición del recurso contencioso-administrativo, sino también actos meramente administrativos que no están en la vía judicial, como la incoacción de expedientes de disciplina urbanística, y, en general, cualquier acto administrativo que afecte cualquier derecho real sobre fincas determinadas.

Por su parte, en la legislación hipotecaria general se prevé un supuesto que obedece a la misma *ratio* de la anotación que estamos tratando, y es la nota marginal de expedición de la certificación a efectos de la expropiación forzosa establecida en la regla 1.ª del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

Creemos que todos éstos no son sino supuestos concretos de un principio de nuestro sistema: debe ser objeto de anotación preventiva del tipo de las de demanda toda aquella demanda contencioso-administrativa o incoacción de procedimiento administrativo cuya terminación pueda producir una alteración registral.

JOSÉ POVEDA DÍAZ
Registrador de la Propiedad
Letrado Adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado (Recursos Gubernativos)

(7) *Ob. cit.*, pág. 75.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

Consejo de Justicia y Asuntos Interiores de la Unión Europea, 29 de marzo de 2000

El Consejo de Justicia y Asuntos Interiores de la Unión Europea alcanzó un acuerdo político sobre el proyecto de *Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*. Este proyecto reproduce sustancialmente el Convenio de Bruselas II de 1998, sometiendo su contenido a las adaptaciones institucionales necesarias. Su principal objetivo es facilitar la ejecución de las sentencias de divorcio, separación o anulación y las resoluciones relativas a la custodia de menores, así como promover una mayor libertad de circulación en el espacio judicial europeo. El proyecto de Reglamento se adoptará formalmente más adelante, siempre que se alcance un acuerdo sobre la cuestión del «ámbito de aplicación territorial».

B) Leyes nacionales

Debido al intervalo entre las legislaturas y estando interrumpidas las Cortes, no se ha promulgado en este período ninguna ley nacional.

C) Leyes autonómicas

Canarias.—Decreto-ley de 8 de mayo. Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio y espacios naturales de Canarias.

Cataluña.—Ley de 26 de mayo. Medidas fiscales y administrativas.

Murcia.—Decreto legislativo de 2 de diciembre de 1999. Texto refundido de la Ley de Hacienda de Murcia.

País Vasco.—Norma Foral de 2 de marzo, de adaptación de la normativa tributaria de Guipúzcoa.

II. Información de actividades

1. Historia de la propiedad en España

Bajo este título se ha celebrado un Encuentro interdisciplinar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, durante los días 31 de mayo a 3 de junio, con arreglo al siguiente programa:

- Inauguración por el Mgfco. y Excmo. señor Rector de la Universidad de Salamanca, don IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y por la Ilma. señora Decana de la Facultad de Derecho, doña CARMEN CALVO SÁNCHEZ. Presentación del Encuentro.
- «Los orígenes y consolidación de los bienes comunales en la Corona de Castilla», por el Profesor don ANGEL BARRIOS GARCÍA, Universidad de Salamanca.
- «Doctrina jurídica castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades (1480-1640)», por el Profesor Doctor don SALUSTIANO DE DIOS, Universidad de Salamanca.
- «Fisco y patrimonios municipales en Castilla, 1500-1700», por el Profesor Doctor don JUAN E. GELABERT GONZÁLEZ, Universidad de Cantabria.
- «Bienes comunales en las Provincias Vascas y Navarra (siglos XVI-XVIII)», por la Profesora Doctora doña LOURDES SORIA SESE, Universidad del País Vasco.
- «Los bienes comunales durante la Edad Moderna: privatizaciones y usurpaciones de los patrimonios municipales antes de la revolución liberal», por el Profesor Doctor don JOSÉ RAMÓN MORENO FERNÁNDEZ, Universidad de Zaragoza.
- «Comunales en el reino de Valencia», por la Profesora doña PILAR HERNANDO SERRA, Universidad de Valencia; Profesor Doctor don MARIANO PESET REIG, Universidad de Valencia.
- «Desamortización ilustrada y desamortización libertal», por el Profesor Doctor don ALEJANDRO NIETO, Universidad Complutense de Madrid.
- «Bienes comunales y aprovechamientos comunitarios. Jerez de la Frontera en el tránsito de los siglos XVIII y XIX», por la Profesora Doctora doña CARMEN MUÑOZ DE BUSTILLO, Universidad de Sevilla.
- «Masías, comunales y montes públicos en Cataluña, siglos XVIII-XX», por el Profesor Doctor don PERE SALA, Universidad Autónoma de Barcelona.
- «Los bienes comunales en la transición al régimen constitucional. Paradojas y continuidades», por el Profesor Doctor don JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS, Universidad Autónoma de Barcelona.

- «Aprovechamientos comunales y propiedad individual. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1854-1900)», por el Profesor Doctor don JAVIER INFANTE MIGUEL-MOTTA, Universidad de Salamanca; Profesora Doctora doña EUGENIA TORIANO PÉREZ, Universidad de Salamanca.
- «Los aprovechamientos vecinales en Aragón», por el Profesor Doctor don ELOY COLOM PIAZUELO, Universidad de Zaragoza.
- «Propiedad y usos de los montes públicos en la España contemporánea. Grupo de Estudios de Historia Rural».
- «Al margen de la ley. La defensa de los montes vecinales de Galicia, 1848-1968», por el Profesor Doctor don XESÚS L. BALBOA LÓPEZ, Universidad de Santiago de Compostela.
- «Bienes comunales desde la perspectiva socioambiental», por el Profesor Doctor don MANUEL GONZÁLEZ DE MOLINA, Universidad de Granada.
- «*Res communes omnium* en el alba de la Codificación», por el Profesor Doctor don ANGEL LÓPEZ Y LÓPEZ, Universidad de Sevilla.
- «La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la publicación del Código Civil», por el Profesor Doctor don CARLES MALUQUER DE MOTES BERNET, Universidad de Barcelona.
- «La relación de los bienes comunales y de dominio público con el Registro de la Propiedad», por don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad de Barcelona y Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Clausura a cargo del Ilmo. señor don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

2. Curso superior sobre propiedad urbana

Ha tenido lugar en la Universidad Jaime I de Castellón de la Plana, del 8 de mayo al 21 de junio, bajo la coordinación del Registrador de la Propiedad don ANGEL NEBOT APARICI y el Profesor JUAN MANUEL BADENAS CARPIO. Su programa ha sido el siguiente:

- «El régimen jurídico de las garantías inmobiliarias en el sistema francés», por el Profesor IVES PICOD, de la Universidad de Perpignan.
- «La actual Ley de Propiedad Horizontal. Novedades respecto al sistema precedente», por don ANGEL NEBOT APARICI, Registrador.
- «La constitución de la propiedad horizontal: Aspectos sustantivos y registrales», por don JOAQUÍN BEUNZA, Registrador de la Propiedad.

- «La gestión y la representación de la propiedad horizontal», por el Profesor JUAN MANUEL BADENAS CARPIO.
- «Los elementos privativos y comunes de la propiedad horizontal», por el Profesor FEDERICO ARNAU MOYA.
- «La junta de propietarios: La adopción de acuerdos», por la Profesora IZIAR CORDERO CUTILLAS.
- «Aspectos procesales de la propiedad horizontal», por el Profesor JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER.
- «La posición de los acreedores respecto de la propiedad horizontal», por el Profesor JUAN MANUEL BADENAS CARPIO.
- «La vivienda familiar en el régimen de la propiedad horizontal», por don SANTIAGO SALAZAR BORT, colaborador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Jaime I.
- «Operaciones registrales relativas a los elementos de la propiedad horizontal: La finca resultante», por el Registrador don ANGEL NEBOT.
- «La propiedad horizontal vista por la jurisprudencia», por el Magistrado don CARLOS DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ.
- «La titularidad de los aparcamientos y otros supuestos especiales», por don JOAQUÍN BEUNZA, Registrador de la Propiedad.
- «El régimen jurídico de la comúnmente llamada multipropiedad», por el Profesor don LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO.
- «Sociología de la propiedad horizontal. La casuística notarial», por don LUIS FERNÁNDEZ SANTANA, Notario.

Se cerró el curso con una mesa redonda sobre «La morosidad en las comunidades de vecinos».

3. Jornadas sobre ejecución inmobiliaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

Destinadas exclusivamente para Registradores de la Propiedad, han tenido lugar en el Colegio durante los días 4 y 5 de mayo, habiéndose desarrollado las siguientes ponencias:

- «Anotación de embargo», por don JOAQUÍN MARÍA LARRONDO LIZÁRRAGA.
- «Inscripción de adjudicaciones y cancelación de cargas», por don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.
- «Declaración de obra nueva: nuevos requisitos (LOE)». «Expropiación forzosa: El derecho de reversión», por don ANTONIO GARCÍA CONESA.
- «Firma electrónica para principiantes: ¿Qué es? ¿Para qué sirve? ¿Cómo se utiliza?», por don JOAQUÍN JOSÉ RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ.

4. III Congreso de Registradores Europeos

Se ha celebrado en Madrid, en la sede del Colegio de Registradores de España, durante los días 8 y 9 de junio.

Aparte otros actos sociales, se han estudiado y debatido las siguientes ponencias:

- «La función registral en Europa ante el siglo XXI».
- «Técnicas modernas de comunicación y registro. Firma electrónica y Registro».
- «Ámbito y límites de la publicidad formal. Acceso de los particulares a la información registral por Internet».
- «Coordinación de los datos jurídicos con los datos físicos de los inmuebles».

5. Don Antonio Pau Pedrón, elegido Académico de Jurisprudencia

Con gran satisfacción damos noticia de que el Pleno de Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en su reunión del día 19 del mes de junio, ha acordado, por unanimidad, elegir Académico de Número al Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, don **Antonio Pau Pedrón**, en reconocimiento a sus indudables méritos científicos y profesionales, de todos conocidos.

Tanto por ser el Decano del Colegio como por formar parte de nuestro Consejo de Redacción, esta Revista considera la designación en todo su valor y como algo propio, y envía su más efusiva y cordial felicitación a nuestro amigo y compañero por la distinción de que ha sido objeto, que viene a honrar a todo el Cuerpo de Registradores de la Propiedad.

6. Reunión anual del Consejo de Redacción de la Revista

Ha tenido lugar el día 16 de junio, bajo la presidencia de don LUIS DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. Tomaron posesión los dos nuevos Consejeros, don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO y don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE. Se informó por el Consejero Secretario de la situación de la revista, siendo aprobada por los señores Consejeros. Se dio cuenta de la publicación del número extraordinario conmemorativo del 75 aniversario y se estudió la posibilidad de recoger en índices el contenido de la revista desde su iniciación hasta el fin del año 2000.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencia del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 13 de marzo de 2000.*—SOCIEDAD CONSORCIAL ARAGONESA.—Se declara que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al inadmitir un recurso de casación en un proceso sobre liquidación y partición de la sociedad consorcial, al entender defectuoso su suplico.—Sala 2.^a.—Ponente: Sr. Conde Martín de Hijas.

Antecedentes.—El recurso de amparo se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos.

a) Promovida, tras la correspondiente Sentencia de divorcio, acción de liquidación y partición de la sociedad consorcial aragonesa por la ex esposa del hoy recurrente en amparo, éste presentó reconvenición de la demanda, solicitando una partición distinta de los bienes, por entender que algunos tenían el carácter de privativos. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaca dictó Sentencia, que fue recurrida por ambas partes en apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca.

b) Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 15 de diciembre de 1994 prepararon igualmente ambas partes sendos recursos de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Dicha Sala, tras tener por preparados los recursos emplazó a las partes para su comparecencia ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, formalizando el demandante de amparo su recurso con base en dos motivos de casación: un primer motivo, «al amparo del párrafo 4.º del artículo 1.692 de la LECIV. [sic] por infracción de los artículos 36 a 40 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y 1.462 del Código Civil aplicados indebidamente»; y, un segundo motivo, «al amparo del párrafo 4.º del artículo 1.692 de la LECIV. [sic] por infracción de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en los artículos 1.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, 1.354 y 1.357 del Código Civil, inaplicadas al presente caso». El recurso terminaba de la manera siguiente:

«Suplico a la Sala que teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito, con los documentos y copias que acompaño, exigidos por los núms. 1 y 4 del art. 1.706 de la LECIV, tenga por personada como parte recurrente a don Rafael Peñarroya de las Heras y en su nombre y representación al

Procurador que suscribe; por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia núm. 350 dictada el 15 de diciembre de 1994 por la Audiencia Provincial de Huesca en el recurso de apelación núm. 11/93 en autos del juicio declarativo ordinario de menor cuantía núm. 13/90 del Juzgado de Instancia núm. 1 de Jaca; lo admita y, previos los trámites legales, dicte Sentencia casando y anulando la recurrida, y pronuncie otra más ajustada a Derecho, en los términos que esta parte tiene interesados.»

c) El Tribunal Supremo, por Auto de 20 de septiembre de 1995, acordó declarar competente para el conocimiento de los recursos al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en cuyo favor se inhibió. Como consecuencia de tal pronunciamiento, el demandante de amparo compareció ante éste, dando por reproducido el escrito de formalización del recurso de casación que en su día presentara ante el Tribunal Supremo. Finalmente, y una vez determinada la cuantía del procedimiento en 11.298.000 pesetas, conforme a lo ordenado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón mediante Auto de 28 de noviembre de 1995, dicha Sala dictó nuevo Auto de 24 de junio de 1996, acordando declarar la inadmisión de ambos recursos. Por lo que se refiere al recurrente en amparo, el fundamento de Derecho segundo de dicho Auto decía lo que a continuación se transcribe:

«Al estudiar el recurso de casación formulado por la Procuradora doña María Pilar Vicario del Campo, en nombre y representación del demandado recurrente don Rafael Peñarroya de las Heras, se observa la defectuosa formulación del suplico en el que se solicita se dicte sentencia «casando y anulando la recurrida y pronuncie otra más ajustada a Derecho en los términos que esta parte tiene interesados». Como se comprueba el *petitum* se encuentra falto del rigor y la coherencia exigibles, puesto que no cabe dejar el arbitrio del Tribunal el pronunciamiento de una Sentencia «más ajustada a derecho» con arreglo a «los términos que esta parte tiene interesados». Ignora el recurrente principios tan esenciales del proceso civil como son el de rogación y el dispositivo, definidores del principio de la congruencia, pues como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en Auto de fecha 24 de mayo de 1995, «si las Sentencias cualquiera que sea el órgano que las pronuncia, unipersonal o colegiado, y su rango o clase, han de ser claras, precisas y congruentes con la demanda y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo (art. 359 de la LEC), este mandato resulta de imposible cumplimiento por la Sala desde el momento en que se ignora, por falta de expresión en el lugar adecuado, lo que la parte recurrente pretende en su escrito de interposición del recurso de casación»; y es así porque la congruencia requiere armonía entre los suplicos de los escritos de demanda y contestación y la parte dispositiva de la Sentencia, y entre los escritos fundamentales del proceso a efectos de recurso de casación se encuentra el escrito de interposición del referido recurso (Sentencias de 30 de abril de 1990 y 4 de mayo de 1993 del Tribunal Supremo) y aún puede afirmarse que dentro de éste el suplico.»

Tras explicar en el fundamento de Derecho tercero las razones de la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la otra parte, el citado Auto añadía, en el fundamento de Derecho cuarto, lo siguiente:

«Aunque la casación haya experimentado una cierta flexibilización en la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes

de reforma procesal, su Exposición de Motivos señala que "sirve mejor a su función si se refuerza su carácter de protector de la norma alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia", por lo que es indudable que sigue siendo un recurso extraordinario ya que en su preparación e interposición exige unos formalismos de indudable cumplimiento en aras de la seguridad jurídica y de la protección de los derechos de ambas partes. Como señala el Tribunal Constitucional (Sala Segunda, ATC 100/1996, de 24 de abril) la admisibilidad del recurso de casación queda sometida no sólo a los requisitos meramente extrínsecos, tiempo y forma, y a los presupuestos comunes exigibles para el ordinario de apelación, sino a otros intrínsecos y sustantivos relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza».

El demandante de amparo considera que el Auto recurrido vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), ya que, conforme a los motivos de inadmisibilidad del recurso de casación establecidos en el artículo 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), no constituye causa de la inadmisibilidad «la inconcreción del suplico». En consecuencia, solicita de este Tribunal la anulación del mencionado Auto con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el mismo, a fin de que se declare admitido el recurso de casación interpuesto. Mediante otrosí se solicita también la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca recurrida en casación, por haber devenido firme y definitiva como consecuencia de la inadmisión de dicho recurso.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por don Rafael Peñarroya de las Heras y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.

2.º Restablecerle en su derecho y, a este fin, anular el Auto de 24 de junio de 1996 de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaído en el rollo de casación núm. 9/95, exclusivamente en lo que se refiere a la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia de 15 de diciembre de 1994 de la Audiencia Provincial de Huesca, recaída en el recurso de apelación núm. 11/93, dimanante del juicio declarativo ordinario de menor cuantía núm. 13/90, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, retro trayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a la adopción del citado Auto para que la Sala proceda a dictar una nueva resolución respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme a lo indicado en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 24 de junio de 1996, que inadmitió el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, recaída en un proceso de liquidación de la sociedad consorcial, constituida en su momento por aquél y su entonces esposa conforme a las reglas del Derecho Civil aragonés. La demanda imputa al Auto impugnado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber inadmitido el recurso de casación en virtud de una defectuosa formulación del suplico, que no constituye causa de inadmisión alguna del recurso de acuerdo

con el artículo 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). La contraparte en el proceso *a quo*, que también recurrió la Sentencia de la Audiencia en casación con idéntico resultado, acoge básicamente los razonamientos del órgano judicial y solicita la desestimación del amparo, por entender que, dada la defectuosa formulación de aquel suplico, cualquier resolución sobre el fondo que hubiera pretendido dictar el Tribunal Superior de Justicia habría adolecido de incongruencia y vulnerado, esta vez sí, el derecho a la tutela judicial efectiva. El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la estimación de la demanda, al considerar que el órgano judicial inadmitió el recurso de casación sin base en norma legal alguna.

Debe reseñarse también que en su escrito de alegaciones, tras la admisión a trámite del recurso de amparo, el recurrente incluye una referencia muy incidental a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24.2 CE). Sin embargo, es claro que nada debemos decir en torno a esta queja, pues la misma no fue planteada en la demanda de amparo, sin que quepa ampliar en el trámite de alegaciones la pretensión inicialmente ejercitada a través de la demanda (SSTC 74/1985, de 18 de junio; 131/1986, de 29 de octubre; 291/1993, de 18 de octubre), razón por la cual resulta innecesario efectuar mayores consideraciones al respecto.

2. Delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento, parece conveniente, antes de proceder al análisis del concreto supuesto planteado, recordar los aspectos fundamentales de nuestra doctrina en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a los recursos legalmente establecidos, que es la que, como vemos, se plantea en la demanda de amparo.

Así, hemos afirmado con carácter general que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) consiste en obtener de los órganos judiciales competentes, a través de los procedimientos legalmente establecidos, una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones formuladas ante ellos. Pero el derecho a recurrir, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, estableciendo los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización (SSTC 58/1987, de 19 de mayo; 160/1993, de 17 de mayo, entre otras). Ahora bien, una vez configurados por el legislador, el artículo 24.1 CE garantiza también la utilización de los recursos legalmente establecidos (SSTC 54/1984, de 4 de mayo; 13/1991, de 28 de enero; 66/1992, de 29 de abril; 169/1996, de 29 de octubre).

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al recurso de casación, siendo el legislador «libre, por tanto, para determinar su configuración, los casos en que procede y los requisitos que, dada su naturaleza extraordinaria y principal finalidad a que responde de uniformidad en la aplicación de la ley, han de cumplirse en su formalización» [STC 109/1987, de 29 de julio, FJ 2a)]. Del mismo modo establecidos legislativamente los requisitos materiales y procesales para la admisión a trámite del recurso de casación, si la decisión judicial de inadmisión «no se encuentra debidamente motivada o no está justificada, se funda en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales, puede el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, restablecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial que garantiza el artículo 24.1 CE (SSTC 214/1988, FJ 2; 63/1992, FJ 2)» (STC 190/1993, de 14 de junio, FJ 1; en el mismo sentido, STC 374/1993, de 13 de diciembre, FJ 2).

Ciertamente, en la STC 37/1995, de 7 de febrero, distinguimos expresamente entre el derecho de acceso a la justicia, dirigido a obtener una primera respuesta por parte de los Juzgados y Tribunales, que nace directamente de la Constitución y en el que actúa con toda su intensidad el principio *pro actione*, y el derecho de acceso a los recursos contra las resoluciones judiciales, donde la vigencia de dicho principio puede estar sujeta a mayores matices. Pero en esa misma Sentencia negábamos en todo caso la posibilidad de cerrar «arbitrariamente o *intuitu personae*» el acceso a los recursos (FJ 6), y con posterioridad hemos seguido manteniendo que el control en sede de amparo de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad de los recursos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que a los Juzgados y Tribunales confiere el artículo 117.3 CE, ha de ceñirse a cánones como el error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad (entre las más recientes, SSTC 19/1998, de 27 de enero, FJ10; 162/1998, de 14 de julio, FJ 3; 192/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 216/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 218/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 236/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 23/1999, de 8 de marzo; 121/1999, de 28 de junio, FJ 2).

3. Como hemos relatado en los antecedentes, el recurrente fundó su recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca en dos motivos diferenciados, aunque ambos al amparo de lo establecido en el párrafo 4 del artículo 1.694 LEC, esto es, por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». En concreto, el primer motivo se basaba en la aplicación indebida de los artículos 36 a 40 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y del artículo 1.462 del Código Civil; y, el segundo, en la inaplicación al caso de los artículos 1.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y de los artículos 1.354 y 1.357 del Código Civil. Cada uno de estos motivos era objeto de un desarrollo argumental individualizado en el escrito de formalización del recurso, el cual conducía suplicando a la Sala que dictara Sentencia «casando y anulando la recurrida y pronuncie otra más ajustada a Derecho en los términos que esta parte tiene interesados».

El fundamento de la decisión de inadmisión del recurso por parte de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha de buscarse principalmente en el de Derecho segundo del Auto ahora impugnado, que se refiere en exclusiva al recurso de casación interpuesto por el recurrente; pero también en el cuarto, que parece efectuar unas consideraciones complementarias que afectan por igual tanto a éste como al recurso interpuesto por la parte contraria, el cual fue objeto de examen específico en el tercero. Ambos fundamentos de Derecho, segundo y cuarto, ya fueron transcritos en su integridad en el antecedente 2 c) de esta Sentencia, y a su transcripción nos remitimos aquí.

Pues bien, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, a la vista de los razonamientos empleados por el órgano judicial para acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el demandante de amparo, procede analizar si tal decisión resulta razonada, razonable y no incurso en error patente, a cuyo efecto se ha de inquirir si existe el fundamento legal imprescindible para que podamos considerar la resolución impugnada conforme con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho análisis ha de comenzar, lógicamente, por el examen de las causas específicas de inadmisión del recurso de casación civil, que se encuentran contempladas en los cuatro primeros párrafos del artículo 1.710.1 LEC, precepto al que,

como puede observarse, en ningún momento hace referencia expresa el Auto impugnado, que se limita a reproducir en su fundamento de Derecho cuarto, con un error de localización, una genérica cita de este Tribunal en relación con los requisitos «extrínsecos» del recurso de casación. Y es que, ciertamente, basta examinar el tenor de aquéllos para concluir que ninguno proporciona base legal sobre la que poder fundar de modo razonable la inadmisión de dicho recurso por los motivos que se mencionan en el Auto. Así pues, y desde la perspectiva de las causas de inadmisión del recurso de casación establecidas en el artículo 1.710.1 LEC, hay que constatar por nuestra parte la ausencia de todo vínculo entre la resolución judicial y la legalidad que podría resultar de aplicación (STC 83/1994, de 14 de marzo, FJ 3).

4. En cualquier caso, el razonamiento del Auto impugnado se funda en una determinada interpretación de las exigencias del artículo 359 LEC, de la que el Tribunal *a quo* deriva la imposibilidad de dictar una resolución congruente.

Según el Auto recurrido, el mandato del artículo 359 LEC «resulta de imposible cumplimiento por la Sala desde el momento en que se ignora, por falta de expresión en el lugar adecuado, lo que la parte recurrente pretende en su escrito de interposición del recurso de casación». Nótese, sin embargo, que la inadmisión del recurso por parte de la Sala no descansa verdaderamente en la imposibilidad de conocer cuál es la pretensión formulada en el recurso de casación, sino en la falta de expresión de la misma «en el lugar adecuado», es decir, en el «suplico» del recurso, donde el recurrente se limitaba a solicitar del órgano judicial la anulación de la Sentencia recurrida y el pronunciamiento de otra más ajustada a Derecho «en los términos que esta parte tiene interesados». Resulta evidente, sin embargo, que con el empleo de tal fórmula no se pretendía sino hacer referencia a las páginas anteriores del escrito de formalización del recurso de casación en las que, como hemos indicado ya, se exponían con la suficiente claridad y de manera individualizada los dos motivos del mismo, los preceptos que se consideraban infringidos y el desarrollo argumental de cada uno de ellos. Llegados, pues, a este extremo, no podemos sino apreciar la manifiesta irrazonabilidad de la decisión judicial por la que se inadmite el recurso de casación interpuesto, dada la evidente desproporción existente entre la causa de inadmisión apreciada y las consecuencias que se han seguido para la efectividad de la tutela judicial.

En virtud de todo lo expuesto, ha de ser otorgado el amparo y anulado el Auto objeto del presente recurso, si bien, como hace notar el Ministerio Fiscal, exclusivamente en lo que afecta a quien recurrió ante nosotros solicitando dicho amparo. No obstante, nuestro fallo no puede disponer, como se pretende en el suplico de la demanda, que se declare admitido a trámite sin mayores matices el recurso de casación en su día interpuesto, ya que nuestro enjuiciamiento se ha limitado a constatar la radical incompatibilidad de la causa de inadmisión aplicada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Aragón con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. Debemos, por tanto, de modo semejante a como hicimos en la STC 19/1998, declarar nula la inadmisión a trámite de dicho recurso de casación por la causa apreciada, sin que ello suponga pronunciamiento alguno por nuestra parte respecto a la resolución que en definitiva deba adoptarse.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por JACINTO DE CASTRO GARCÍA

Registro de la Propiedad

Resolución de 16 de marzo de 2000.

Registro de la Propiedad número 23 de Barcelona
(*BOE de 20-4-2000*)

REPRESENTACION. EFECTOS DE UN TESTAMENTO RESPECTO A LAS FACULTADES DEL APODERADO.

La escritura de venta otorgada por los apoderados, en vida de la poderdante y subsanada a su muerte por los propios apoderados, que son también herederos de la poderdante, aun cuando conlleve la ineficacia del legado de la misma finca, debe estimarse realizada válidamente por la vigencia y suficiencia del poder en la fecha de la compraventa.

Resolución de 17 de marzo de 2000.

Registro de la Propiedad número 5 de Oviedo
(*BOE de 17-4-2000*)

HIPOTECA. PRESTAMO. ENTREGA APLAZADA DEL PRINCIPAL: EFECTOS. INTERESES. LIMITES DE LA GARANTIA.

El préstamo, como contrato real, se perfecciona con la entrega de la cosa (o dinero) prestada, pero cuando no existe la entrega real, sino una forma de entrega que implica que el prestatario para disponer de la cantidad del préstamo ha de cumplir unos requisitos que en realidad destruyen la efectiva entrega, y convierten al préstamo en un contrato sujeto a condición suspensiva, un préstamo convencional, tiene el efecto de que la inscripción de la hipoteca que garantiza tal préstamo se hará conforme al artículo 142, y el cumplimiento de la condición conforme al 143, ambos de la Ley Hipotecaria.

La segunda cuestión aparece ya resuelta en la Resolución de 18 de diciembre de 1999, en el sentido de admitirse dentro de los límites del artículo 114

LH y 220 RH, la garantía de los intereses ordinarios y de los de demora de los últimos cinco años, sin computarse conjuntamente a estos efectos.

Resolución de 18 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 12 de Sevilla
(BOE de 15-4-2000)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DEL TRACTO. AMBITO.

El carácter excepcional del expediente de dominio como medio de reanudar el tracto, impide que pueda ser utilizado para una indebida apropiación de derechos de terceros, o para eludir obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias); por lo cual no es admisible la inscripción cuando el promotor del expediente alega haber adquirido de los herederos del titular registral, ya que tal compraventa podría inscribirse sin otro trámite que su formalización en escritura pública.

Resolución de 20 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 2 de Córdoba
(BOE de 15-4-2000)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD.

La anotación de embargo, una vez caducada por el transcurso del plazo que la Ley Hipotecaria (86) señala, podrá cancelarse de oficio o a petición del interesado.

Resolución de 22 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 4 de Madrid
(BOE de 21-4-2000)

ANOTACION DE EMBARGO. EXTENSION DEL EMBARGO A BIENES INSCRITOS A FAVOR DE COPROPIETARIO QUE NO HA INTERVENIDO EN EL PROCEDIMIENTO.

La anotación de un embargo, trabado en ejecución de sentencia, sobre los bienes integrantes de una comunidad de propietarios, no puede extenderse a otros bienes inscritos a nombre de propietario de la misma comunidad que no ha tenido intervención en las actuaciones judiciales.

Resolución de 23 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 17 de Madrid
(BOE de 15-4-2000)

QUIEBRA. ANOTACION PREVENTIVA PARA FIJAR LA FECHA DE RETROACCION. CARGAS ANTERIORES.

La fecha de retroacción de la quiebra que se fija provisionalmente en el Auto que declara el estado de quiebra, debe hacerse constar en la anotación, si bien dejando a salvo los derechos reflejados en asientos anteriores, cuyos titulares no han intervenido en el procedimiento.

Resolución de 24 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 1 de Almería
(BOE de 15-4-2000)

DERECHO DE VUELO. MODIFICACION DE LAS CUOTAS EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

No habiéndose determinado la competencia para fijar las nuevas cuotas tras la edificación de nuevos departamentos en ejercicio de un derecho de vuelo, es preciso el consentimiento de todos los copropietarios.

Resolución de 25 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 2 de Oviedo
(BOE de 15-4-2000)

QUIEBRA. ADJUDICACION DE FINCA EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO.

Iniciado el procedimiento administrativo de apremio y declarada durante su tramitación la quiebra del deudor, en ambos casos objeto de anotaciones de embargo y de declaración de quiebra, es procedente la inscripción de la finca embargada y la cancelación de la anotación de quiebra, al haberse embargado la finca antes de ser declarada la quiebra.

Resolución de 27 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad de Calahorra
(BOE de 21-4-2000)

OPCION DE COMPRA. CADUCIDAD Y CANCELACION.

El artículo 14.3.a) señala el plazo de cuatro años para el ejercicio de la opción. Tal plazo es de caducidad del derecho, pero no se produce *ipso iure* la cancelación del asiento, la cual ha de seguir las normas contenidas en los artículos 79.2.º y 82 de la Ley Hipotecaria y sus correlativos del RH.

Resolución de 28 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 1 de Jaén
(BOE de 15-4-2000)

CONDICION RESOLUTORIA. NECESIDAD DE CONSIGNACION DEL PRECIO PARA LA REINSCRIPCION.

Ejercitada la facultad resolutoria, no cabe inscribir de nuevo a favor del vendedor sin que se acredite la consignación del precio satisfecho, aun cuando se hubiera pactado su retención con carácter de cláusula penal.

Resolución de 30 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad número 1 de Zaragoza
(*BOE de 25-4-2000*)

CANCELACION. PROCEDIMIENTO PENAL.

La cancelación de una inscripción de dominio ordenada por mandamiento judicial, en procedimiento penal, no puede practicarse si en dicho procedimiento no ha sido parte el titular registral, por sí o por representación.

Resolución de 31 de marzo de 2000.
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real
(*BOE de 25-4-2000*)

VIVIENDA FAMILIAR. HIPOTECA.

La aplicación del artículo 96 del Código Civil y 144.5.º RH sólo tiene lugar cuando el derecho de uso de la vivienda se atribuya al cónyuge no titular de la vivienda y dicho derecho de uso conste en el Registro.

Resolución de 1 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad número 1 de Oviedo
(*BOE de 15-5-2000*)

ANOTACION DE EMBARGO. QUIEBRA POSTERIOR.

Aunque la quiebra, más que una carga, es la situación subjetiva de un deudor, lleva consigo una restricción a la facultad dispositiva, que en sus últimas consecuencias podrían afectar al rematante adjudicatario de los bienes en el expediente de apremio; por lo que la cancelación de los asientos posteriores a la anotación de embargo debe extenderse a la inscripción de quiebra, lo que es posible en este caso por ser el embargo anterior a la declaración de quiebra.

Resolución de 4 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad número 25 de Madrid
(*BOE de 15-5-2000*)

ANOTACION DE DEMANDA. OBJETO.

La anotación preventiva de demanda, que se recoge en el número 1 del artículo 42 LH, no es viable para garantizar las resultas de un pleito cuya decisión no produzca una alteración de los asientos del Registro.

Resolución de 5 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad número 22 de Madrid
(BOE de 16-5-2000)

HIPOTECA. SUBROGACION DE ACREEDOR.

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, es de aplicación estricta, a que se dicta con una finalidad muy concreta, la de facilitar la subrogación de los préstamos hipotecarios como medio de abaratar, en beneficio del deudor, dichos préstamos. En consecuencia, las imprecisiones que crean dudas sobre lo acordado ocasionan defectos que impiden la inscripción.

Resolución de 6 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad número 5 de Las Palmas de Gran Canaria
(BOE de 16-5-2000)

TRACTO SUCESIVO. EXIGENCIAS EN JUICIO DECLARATIVO DE DOMINIO. ALTERACION DE FINCA.

Para que sea inscribible el testimonio de la sentencia firme es imprescindible que la finca conste inscrita a favor de los demandados. No sería obstáculo el que la finca figure hoy dividida en régimen de propiedad horizontal, pues la inscripción podría limitarse a los departamentos que figuran inscritos a favor de los demandados.

Resolución de 7 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad número 3 de Granollers
(BOE de 16-5-2000)

SERVIDUMBRES RECÍPROCAS. SU EXTENSION.

La constitución de servidumbres recíprocas debe determinar con claridad sus límites para evitar su confusión con verdaderas permutas del dominio de las fincas.

Resolución de 8 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad de Valdepeñas
(BOE de 16-5-2000)

EXCESO DE CABIDA. IDENTIDAD DE FINCA Y REALIDAD DEL EXCESO.

La inscripción de un exceso de cabida, si es de gran entidad, siempre plantea problemas; éstos se acrecientan cuando, como en el presente caso, la titulación presenta grandes contradicciones, tanto en la extensión de la finca como en la descripción de sus circunstancias físicas, lo que lleva al Registrador a dudar fundadamente de la identidad de la finca cuya extensión se trata de rectificar y de la veracidad del exceso.

Resolución de 10 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad número 9 de Valencia
(BOE de 16-5-2000)

HIPOTECA. INTERES VARIABLE. DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD. INADMISION DE CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO.

La hipoteca, en la que se fija un interés inicial y a partir de cierta fecha un interés variable, es inscribible siempre que se fije el máximo de responsabilidad por este concepto. La cláusula de sometimiento a su fuero no es inscribible.

Resolución de 11 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad de Utrera
(BOE de 15-5-2000)

HIPOTECA. CANCELACION POR CARTA DE PAGO POSTERIORMENTE RECTIFICADA. PRIORIDAD Y CALIFICACION.

La presentación y despacho prioritario del título por el que se pide la cancelación de la hipoteca (en este caso «hipotecas») no puede impedirse por la posterior escritura de rectificación.

Resolución de 12 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad de Yecla
(BOE de 15-5-2000)

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. DEPOSITO DEL SOBANTE.

La adjudicación de la finca objeto del procedimiento judicial sumario, con la consiguiente cancelación de las inscripciones, anotaciones posteriores incluso las verificadas después de la expedición de la certificación regla 4.^a del artículo 131 L.H., exige la consignación o depósito del sobrante del precio de venta a favor de quienes corresponda, entre los que no se incluyen los titulares de asientos posteriores a la nota acreditativa de la expedición de certificación que no hayan comparecido en el procedimiento.

Resolución de 13 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad de Torrelavega
(BOE de 15-5-2000)

PARTICION JUDICIAL. SUBSANACION DE DEFECTOS. DETERMINACION DE CUOTAS.

El testimonio del Auto de adjudicación en el juicio voluntario de testamento, es suficiente título para inscribir las adjudicaciones practicadas, sin que sea precisa la protocolización de las operaciones particionales, máxime si el

juez deja al arbitrio de los interesados cumplimentar esta formalidad. Determinadas circunstancias pueden subsanarse en instancia con firma legitimada o ratificada ante el Registrador. En adjudicaciones proindiviso es imprescindible la fijación matemática de cuotas.

Resolución de 15 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad de Pravia
(BOE de 16-5-2000)

HIPOTECA. INTERESES. LIMITE CONJUNTO.

Vuelve a reiterarse en esta Resolución que el máximo garantizado por la hipoteca, cuando existen intereses remuneratorios y además se garantizan los intereses moratorios, no exige computar conjuntamente ambas responsabilidades y someter el resultado al límite del artículo 114 LH.

Registro Mercantil

Resolución de 15 de marzo de 2000.
Registro Mercantil de Granada
(BOE de 17-4-2000)

ADMINISTRADORES. INTERPRETACION DE NORMA ESTATUTARIA.

La expresión estatutaria de que los miembros del Consejo de Administración serán elegidos «entre los accionistas» significa que aquéllos han de ser accionistas y no, como se pretende, que son elegidos «por los accionistas» pero pueden no serlo.

Resolución de 21 de marzo de 2000.
Registro Mercantil de Asturias
(BOE de 15-4-2000)

CIERRE REGISTRAL. EFECTOS.

Pese al cierre, cabe inscribir el cese de los anteriores administradores, aunque no conste inscrito el cargo de quien expide la calificación del acuerdo de cese.

Resolución de 30 de marzo de 2000.
Registro Mercantil número XIII de Madrid
(BOE de 24-4-2000)

OBJETO SOCIAL. CONTENIDOS DUDOSOS.

Es admisible como objeto social la «domiciliación de sociedades» que significa ofrecer a las sociedades un espacio físico para establecer su domicilio.

No es admisible la compraventa de sociedades, por cuanto una sociedad es sujeto de derecho, pero no objeto de comercio.

Resolución de 29 de marzo de 2000.
Registro Mercantil V de Madrid
(BOE de 16-5-2000)

TRANSFORMACION DE S.A. EN S.R.L. PREVIA REDUCCION DE CAPITAL POR CONDONACION DE DIVIDENDOS PASIVOS.

Las operaciones de transformación de S.A. a S.R.L., si existen dividendos pasivos, ha de cumplir las normas que la Ley de S.A. exige para protección de los terceros (acreedores) en los artículos 165, 166 y 169.

Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento

Resolución de 3 de abril de 2000.
Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Madrid
(BOE 15-5-2000)

HIPOTECA MOBILIARIA. PECULIARIDADES POR TRATARSE DE MARCAS COMERCIALES. ACCION DE DEVASTACION.

En la hipoteca sobre marcas comerciales nada impide que se prevea el vencimiento anticipado por pérdida de valor, puesta de manifiesto en volumen de ventas o sector del mercado dominado por aquellas marcas.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y MATÍAS GIMÉNEZ ROCHA

EXCESO DE CABIDA. IDENTIDAD DE LA FINCA.—LA INMATRICULACION DE EXCESOS DE CABIDA EXIGE LA IDENTIFICACION DE LAS FINCAS SOBRE LAS QUE SE OPERA. (RESOLUCIÓN DE 2 DE FEBRERO DE 2000, BOE DE 26 DE FEBRERO DE 2000).

RESOLUCION de 2 de febrero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Patronato de la Fundación Benéfica Particular «Residencia de Ancianos Nuestra Señora de la Encina», Fundación Fustesgueras de Ponferrada, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 1, don José Antonio Ferreño Villar, a inscribir el exceso de cabida de determinadas fincas, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Carlos Aparicio Alvarez, en nombre del Patronato de la Fundación Benéfica Particular «Residencia de Ancianos Nuestra Señora de la Encina», Fun-

dación Fustesgueras de Ponferrada, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 1, don José Antonio Ferreño Villar, a inscribir el exceso de cabida de determinadas fincas, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 26 de junio de 1996, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Ponferrada, don Manuel Remuñan López, se aclara el Inventario General de Bienes de la herencia dejada en su día por don Miguel Eugenio Fustegueras Alvarez, a favor del Patronato de la Fundación Benéfica Particular «Residencia de Ancianos Nuestra Señora de la Encina», en lo referente a las fincas: a) casa en la calle de la Estafeta, números 7 y 9, en Ponferrada, número 12 del inventario, registral número 4.606 duplicado. b) Tierra en el Bodegón, término de Campo del Ayuntamiento de Ponferrada, número 163 del inventario, registral 6.591. Se hace constar que dichas fincas tienen errores de descripción y superficie y se describen en la citada escritura nuevamente, según el catastro, ocupando la finca a) una superficie de 473 metros cuadrados, y la finca b) una superficie de 40.983 metros cuadrados, siendo la superficie inscrita de la finca a) de 182 metros cuadrados y de la finca b) de 28.183 metros cuadrados.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 1, fue calificada con la siguiente nota de calificación: «Suspendida la inscripción del precedente documento, en cuanto a los excesos de cabida que en él se contemplan; con relación a la finca a), de 291 metros cuadrados; y con relación a la finca b), de 28.180 metros cuadrados, o en su caso, de 39.808 metros cuadrados, según la medición topográfica, por dudar el Funcionario Calificador sobre la posible existencia de terceros colindantes que pudieran resultar perjudicados. Ponferrada, a 19 de julio de 1996. El Registrador, número 1. Firma ilegible». Vuelta a presentar la citada escritura fue objeto de la siguiente nota: «Presentado nuevamente el precedente documento, el Funcionario Calificador reitera su posición anterior de no practicar el asiento solicitado, aclarando además, en vista de la instancia suscrita el 16 de agosto de 1996, por don Adolfo Velasco Arias en representación del Patronato de la Fundación Benéfica Particular “Residencia de Ancianos Nuestra Señora de la Encina”, Fundación Fustegueras de Ponferrada, que el artículo 205 de la Ley Hipotecaria y su complementario 298 del Reglamento Hipotecario, se refieren a los títulos traslativos y no declarativos de dominio; y como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1983, teniendo en cuenta el desarrollo urbanístico y el incremento de las urbanizaciones privadas, se impone interpretar restrictivamente el artículo 298.5.º D) del Reglamento Hipotecario (para aquellos excesos que no excedan de la quinta parte de la cabida inscrita, que en supuesto contemplado en el precedente documento, la supera estrepitosamente), dado lo establecido en el artículo 3.º del Código Civil. En consecuencia, no es inscribible la escritura en la que por voluntad unilateral del dueño de la finca, se pretenda inscribir un exceso de cabida. Ponferrada, a 2 de septiembre de 1996. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Procurador de los Tribunales, don Carlos Aparicio Alvarez, en nombre del Patronato de la Fundación Benéfica Particular «Residencia de Ancianos Nuestra Señora de la Encina», Fundación Fustegueras de Ponferrada, interpuso recurso gubernativo contra las anteriores calificaciones y alegó: 1. Que la escritura pública presentada para su inscripción registral es comple-

mentaria de la escritura o documento público que motivó la inscripción de toda la herencia dejada por don Miguel Eugenio Fustegueras Alvarez, a nombre del Patronato, y tiene por objeto simplemente la rectificación de la superficie de dos fincas y su corrección y ajuste con la que consta en las certificaciones del Catastro que se incorpora al referido documento. Que dicha escritura está comprendida entre los títulos relacionados en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Que, por tanto, se ha subsanado el error habido en la descripción inicial y se ha acomodado a la certificación del Catastro de urbana y rústica de la provincia de León.

2. Que en este supuesto se trata de la inscripción registral al amparo del artículo 298.5.B) del Reglamento Hipotecario, de los excesos de cabida existentes en las dos fincas que motivan la escritura de rectificación, la cual, al ser otorgada por las mismas personas y los mismos registros que el título originario que subsana o rectifica, es indudable que es inscribible lo mismo que lo fue el título inicialmente presentado, ya que no es ninguna declaración unilateral. Que el criterio de la doctrina es que dicha escritura es perfectamente inscribible y así se expresó en la instancia de la segunda presentación de la misma. Que sobre el particular hay que citar las Resoluciones de 12 de febrero de 1981 y 25 de marzo de 1985. Que, en definitiva, la estricta aplicación del artículo 298.5.B) del Reglamento Hipotecario, en aplicación a la doctrina consagrada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y siguiendo la tesis de los hipotecaristas, el exceso de cabida de las fincas registrales es inscribible en el Registro de la Propiedad, por medio de una simple acta de manifestación, incluso por una instancia acompañada de la oportuna certificación del Catastro Topográfico Parcelario, como se ha hecho en este caso.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de sus notas, informó: Que en virtud de la escritura de 26 de junio de 1996, único documento que se presentó en el Registro, se pretende la inmatriculación del exceso de cabida de dos fincas. La registral número 4.606, situada en zona claramente urbana, y la registral número 6.591, sita en una zona de expansión. Que se trata de un título exclusivamente declarativo de rectificación de superficie y linderos. Que los excesos de cabida son: La primera finca registral número 4.606, de 291 metros cuadrados, con relación a una superficie inscrita de 182 metros cuadrados; y en el de la segunda finca registral, número 6.591, de 28.183 metros cuadrados, o en el caso de la medición topográfica, de 39.808 metros cuadrados, en relación con una superficie inscrita de 12.800 metros cuadrados. Que la Resolución de 16 de diciembre de 1983, se acopla perfectamente a los supuestos que se contemplan en la segunda nota de calificación, y como se desprende de lo expuesto, los casos que se estudian exceden ampliamente al exceso de la quinta parte de la superficie inscrita. Que, por otra parte, de las certificaciones catastrales aportadas, no resulta claramente que se trate de las mismas fincas; existiendo duda acerca de la identidad de las mismas (art. 298.5.º, último párrafo del Reglamento Hipotecario).

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó las notas del Registrador, fundándose en lo alegado por éste en las notas de calificación y en su informe.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que como sostiene la Resolución de 25 de marzo de 1985, la única objeción que puede oponer el señor Registrador al calificar es que dude de la identidad de la finca cuya superficie se pretende modificar,

duda que no consta en ninguna de las dos notas. Que los supuestos A), B) y C) del artículo 298.5.º del Reglamento Hipotecario, son todos ellos especiales, distintos e independientes, sin interferencia de ninguna clase de unos en los otros.

Fundamentos de Derecho.—Vistos el artículo 199 de la Ley Hipotecaria y Resolución del 19 de noviembre de 1998.

1. Se debate en el presente recurso sobre la registración en dos fincas de 182 metros cuadrados y 12.800 metros cuadrados de superficie, sendos excesos de cabida de 291 metros cuadrados y 28.183 metros cuadrados, respectivamente, y ello, basado en certificaciones catastrales de las referidas fincas y en un informe de medición y deslinde efectuado por un licenciado en ciencias geológicas.

2. Si se tiene en cuenta: *a)* Que la registración de un exceso de cabida *stricto sensu* sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados (cfr. Resolución de 19 de noviembre de 1988). *b)* Que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente. *c)* Que por la registración de exceso de cabida es preciso que no existan dudas sobre la identidad de la finca, y esta duda es más que justificada cuando la certificación catastral describe las fincas en términos muy poco coincidentes con los registrales (es más, mientras que en el Registro se describe una de las fincas en cuestión como sita en calle Estafeta, número 7, en el certificado catastral de la otra finca que se pretende idéntica a aquélla, se engloban los números 7 y 9 de dicha calle); *d)* La desproporción entre la cabida inscrita y la que ahora se pretende reflejar, ha de concluirse en la imposibilidad de acceder ahora a la registración de la cabida pretendida al margen de los medios previstos al efecto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto.

Madrid, 2 de febrero de 2000.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León.

COMENTARIO

No es muy exacta la expresión «exceso de cabida», pues da la impresión de que se añade algo a la finca, cuando en realidad se trata de una mera rectificación numérica del dato descriptivo de la superficie de la misma. Cuando

se erró en la medición inicial o se calculó mal la equivalencia de las antiguas medidas usuales al convertirlas al sistema métrico o por simple descuido, se hizo constar una superficie no exacta, es preciso corregirla.

A esto se refirió el artículo 504 del Reglamento Hipotecario de 1915, primer precepto que reguló esta materia, al decir expresivamente que «siempre que la medida de un inmueble consignada en la inscripción fuese menor que la realmente comprendida dentro de sus linderos...»; o sea, que no se contemplaba un supuesto de entidad física o real que comportase una auténtica inmatriculación, sino sólo un exceso de cifra o medida numérica exclusivamente, por lo que quedaba claro que no existía variación alguna en el contorno físico de la finca, fijamente delimitado por sus linderos. De ahí la recomendación que se ha venido manteniendo a lo largo de las varias normas sobre el particular de que el Registrador no ha de tener en ningún caso duda sobre la identidad de la finca; la misma recomendación se mantiene en varias Resoluciones y se repite en la que comentamos.

Sin embargo, el precepto reglamentario citado, aun arrancando de este concepto estricto, dio entrada después a otros medios que son realmente inmatriculadores y parece admitir una idea más amplia. La Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 dio, por su artículo 347, pie a la redacción del actual artículo 200 de la LH que bajo la rúbrica de la concordancia del Registro con la realidad, admite que puedan hacerse constar la mayor cabida de las fincas por acta de notoriedad, expediente de dominio y por el medio del artículo 205. Como se ve, no emplea la expresión «exceso de cabida» ni lo hace en ningún otro artículo de la Ley. Sólo se recibe en algunos artículos del Reglamento, como son el 215, sobre la extensión de la hipoteca, y 288 y 298 sobre actas de notoriedad y título público, en este último con varias modalidades conocidas.

Este último artículo 298 en el número 5.º de su redacción anterior tenía una amplitud difícilmente admisible. Así, se permitía la inscripción de los excesos de las fincas de linderos fijos, los que tuvieran su base y justificación en datos catastrales, los comprendidos en los cuatro números anteriores del artículo y los que no excedieran de la quinta parte de la cabida inscrita.

Este artículo, para ponerlo de acuerdo con la Ley de Acompañamiento 13/1996, de 30 de diciembre, ha sido reformado, como sabemos, por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, dando mayor entrada a los pronunciamientos catastrales, potenciándolos.

En uno de los párrafos del nuevo artículo se reafirma que en todos los casos será indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca, tales como aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie.

En el supuesto de la Resolución que comentamos, las superficies que se pretendían inscribir excedían con mucho las que ya constaban inscritas de las dos fincas, por lo que el Registrador deniega la inscripción, aunque, curiosamente, no hace alusión a que tuviera dudas sobre la identidad de las fincas; quizá porque era tan clara la discordancia que no había duda, sino certeza de que se trataba de unas agrupaciones lo que eran en realidad.

En este sentido, la presente Resolución sigue la línea ya marcada por otras en las que el Centro Directivo se ha expresado en los mismos términos.

Así, en la Resolución de 9 de mayo de 1961, se declara que en las inscripciones de excesos de cabida se debe proceder con especial cuidado y rigor, a fin de evitar que se produzcan inmatriculaciones con sus perniciosos efectos, peligro más acentuado cuando se pretenden inscribir extensiones superficiales que sean superiores a la de la finca matriz, por lo que si bien facilita el artículo 298 que se procure la concordancia entre Registro y realidad, prohíbe a la vez que se practique inscripción alguna de exceso de cabida cuando hubiese duda fundada acerca de la identidad de la finca.

En la Resolución de 21 de noviembre de 1998, que se cita en los «Vistos», se confirma la nota denegatoria del Registrador declarando que la registración de excesos de cabida sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos registrados originariamente. Por el contrario, de los datos de hecho resultantes se desprende inequívocamente que la modificación cuya registración se pretende, implica una alteración de la realidad física acotada al tiempo de la segregación. De dichos datos parece desprenderse que lo ocurrido es que a la finca originaria se le ha añadido una porción de terreno que pertenece a la finca colindante, lo que implicaría, bien una inmatriculación encubierta de esa parte de la finca colindante, bien una agrupación subrepticia de la finca colindante, y si ésta estuviera ya inscrita, una doble inmatriculación.

Hay otra Resolución posterior, no citada en ésta que comentamos, y es la de 31 de mayo de 1999, en la que se insiste en que el exceso de cabida en el sentido estricto es la rectificación de un erróneo dato registral de la finca, sin alterar la realidad física exterior; fuera de este caso, la pretensión de modificar la cabida encubre el intento de englobar en la originaria finca registral una superficie colindante adicional, para lo cual debía inmatricularse esa extensión colindante y agruparla después a la finca originaria.

Y aún hay otra Resolución de fecha más inmediata, que es la de 3 de noviembre de 1999, en la que se repite la misma idea de que en sentido estricto el exceso debe ser la rectificación de un erróneo dato registral y no cabe cuando el Registrador tiene dudas fundadas sobre la identidad de la finca y hay datos de que se quiere añadir una superficie colindante adicional.

Los supuestos de hecho que se dan en el caso presente coinciden en esencia con las decisiones anteriores y por ello la solución no podía ser otra. Teniendo en cuenta la evidente desproporción entre la cabida inscrita existente y la que ahora se pretendía reflejar, se concluye en la imposibilidad de acceder a la registración pretendida, que debe realizarse por los medios señalados al efecto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

F. C. D.

CONSEJO DE ADMINISTRACION. DELEGACION DE FACULTADES. INTERVENCIÓN DE LA JUNTA.—LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA PUEDEN ESTABLECER LA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA EN LAS DELEGACIONES DE FACULTADES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION, TENIENDO EN CUENTA QUE: «...LA

INICIATIVA PARA DELEGAR, LA CONFIGURACION DEL ORGANO DELEGADO, LA EXTENSION DE LAS FACULTADES QUE SE DELEGUEN Y LA DESIGNACION DE LOS ADMINISTRADORES QUE PUEDEN ACTUAR COMO CONSEJEROS DELEGADOS, SON COMPETENCIA DEL PROPIO CONSEJO...». ESTA DISTRIBUCION ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS NO SUPONE EL NOMBRAMIENTO DIRECTO POR PARTE DE LA JUNTA, SINO UNA APROBACION A POSTERIORI: «...REQUISITO QUE HA DE ENTENDERSE LIMITADO A SUS PROPIOS TERMINOS Y QUE NO PUEDE ENTENDERSE REFERIDO NI A LA INICIATIVA, NI A LA CONFIGURACION DE LAS COMPETENCIAS NI A LA ELECCION DE LAS PERSONAS... (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE MAYO DE 1999, BOE DE 15 DE JUNIO DE 1999).

RESOLUCION de 12 de mayo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en recurso gubernativo interpuesto por don Jorge Julián Navarro Ribera, en representación de «Campo Castelar, Sociedad Limitada», frente a la negativa del Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, a inscribir determinadas reglas de los estatutos de dicha sociedad.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el 29 de febrero de 1996 ante el Notario de Badajoz, don José Soto García Camacho, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada con la denominación «Campo Castelar, Sociedad Limitada». Entre las normas que integraban los estatutos sociales figuraban las siguientes —que se transcriben en parte—: «Artículo 23... El Consejo podrá designar en su seno a uno o más Consejeros Delegados, con sustitución total o parcial de las facultades que al Consejo correspondan, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona determinando en cada caso las facultades a conferir. La delegación permanente de todas o alguna de las facultades del Consejo en uno o varios Consejeros Delegados y la designación del o de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirá la aprobación de la Junta general y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil. En ningún caso serán objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de Balances a la Junta general». Por su parte, en el artículo 30 de los mismos estatutos, se establece: «Una vez satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social, el activo resultante se repartirá entre los socios en proporción a su participación en el capital social. No obstante lo anterior, no podrá acordarse la reactivación de la sociedad en los casos de disolución del pleno derecho».

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Badajoz, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito, salvo lo que se dirá, el precedente documento al folio 71 del tomo 130, hoja BA-7.266, inscripción 1.ª Conforme al artículo 63.2 RRM, se deniega la inscripción del precedente documento en cuanto a los siguientes extremos: 1. En cuanto a los párrafos 8.º, 9.º y 10.º del artículo 23 de los estatutos sociales por el defecto insubsanable de, al no estar previstos los Consejeros Delegados como órgano de administración por los estatutos, corresponder el nombramiento de éstos al Consejo de Administración incurriendo en contradicción, además, lo expresado en el primero de los párrafos citados con lo expresado en el segundo, al

requerir para el nombramiento de Consejeros Delegados el acuerdo de la Junta general. 2. En cuanto a la frase "No obstante lo anterior" del párrafo 2.º del artículo 30 de los estatutos sociales, por el defecto insubsanable de carecer de sentido en el contexto del citado artículo. Badajoz, a 15 de abril de 1996. El Registrador Mercantil. Sigue la firma».

III. Don Jorge Julián Navarro Ribera, como uno de los fundadores de la sociedad y Administrador único nombrado de la misma, interpuso recurso gubernativo contra la denegación parcial de la inscripción, alegando al respecto: que los Consejeros Delegados no tienen que estar previstos en la enumeración estatutaria de los órganos de administración cuando no se pretenda que constituyan órgano autónomo, lo que al no estar contemplada la figura como tal órgano autónomo por la ley, la inclusión en tal enumeración es precisamente lo que no estaría ajustado a derecho; que el artículo 23 de los estatutos contiene todos, ni uno más, de los posibles modos de organizar la administración de este tipo de sociedades de conformidad con el párrafo primero del artículo 57 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo; que esta norma es tributaria del artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas, con la peculiaridad de que ésta contempla la Comisión ejecutiva que aquélla no recoge, por lo que no cabe configurar al Consejero Delegado como órgano, sino como apoderado de un Consejo previamente constituido, como mera delegación de facultades del mismo; que cuando ese apoderamiento se otorga a un Consejero y no a otra persona, surge la figura del Consejero Delegado permitida expresamente por el artículo 60.d) de la Ley; que a diferencia de la Ley de Anónimas, la de Limitadas se limita a remitir la regulación del Consejo a los estatutos sociales al amparo del principio de la libertad de pacto, por lo que no es precisa una consignación expresa de la posibilidad de nombrar Consejeros Delegados por estar comprendida en la previsión de existencia del propio consejo; y que no existe la contradicción entre los párrafos del mismo artículo por cuanto la Ley, en su artículo 44.2 permite «someter a autorización» de la Junta los acuerdos del órgano de administración sobre determinados asuntos y a lo mismo equivale el «requerirán autorización» previsto en los estatutos; y en cuanto al segundo de los defectos existe ciertamente una incorrección de transcripción que procede corregir con la denegación de su inscripción que se acepta.

IV. El Registrador decidió mantener su nota en base a los siguientes argumentos: Que los términos «someter a autorización», que usa el artículo 44 *in fine* de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y «requerir aprobación» que constan en los estatutos son distintos; que la omisión en los Estatutos al número de votos exigido por el artículo 141.2 de la LSA, al que remite el 57.1 de la de Limitadas, hace pensar en un sistema de designación extraño en el que el acuerdo de la mayoría absoluta de consejeros, más la aprobación de la Junta general, sustituirían al quórum legal, lo que induce a pensar en un sistema de administración sustantivamente válido, pero no recogido en el artículo 20 de los Estatutos, donde sólo se enumeran cuatro sistemas; que el término «autorización» para el caso de que se incumpliera dicho requisito, no implicaría la invalidez del acto sin autorización y sólo daría lugar a la acción de responsabilidad, mientras que el término aprobación implica el no nacimiento del cargo hasta que dicha aprobación se produzca, produciendo un vacío entre la designación y aceptación y la aprobación nada deseable para la sociedad ni para terceros y resultando a la postre una verdadera designación por el órgano soberano, contradiciendo lo expre-

sado en el artículo «designar de su seno» referido al órgano de administración.

V. El recurrente se alzó frente a la decisión del Registrador y a sus anteriores argumentos, añadió: Que no es motivo para denegar la inscripción la falta de determinación de la mayoría necesaria para el nombramiento de Consejero Delegado, pues el silencio de los estatutos viene suplido por la Ley en virtud de la remisión que el artículo 57.1 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada hace a lo establecido para las sociedades anónimas y, por tanto, al artículo 141.2 de su Ley reguladora; que ese silencio de los estatutos no implica que se esté ante otro sistema de administración no recogido en los mismos; que la necesaria aprobación del nombramiento por la Junta se ampara en la competencia que puede atribuírsele conforme al artículo 44.2 de la Ley, sin que la distinta expresión utilizada respecto de la legal altere sus efectos.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 44.1.h) y 2 y 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

1. El único defecto de la nota de calificación recurrido se plantea a propósito de la regla de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada en la que, habiéndose previsto como estructura del órgano de administración, a elección de la Junta general, la de un administrador único, dos administradores mancomunados, dos administradores solidarios o un Consejo de Administración integrado por un mínimo de tres y un máximo de seis miembros, se establece que el Consejo podrá designar en su seno a uno o más Consejeros Delegados, si bien la delegación permanente de todas o alguna de sus facultades y la designación del o de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirá la aprobación de la Junta general. Rechaza el Registrador su inscripción por entender que al no estar contemplados los Consejeros Delegados como un órgano de administración autónomo en los estatutos, su nombramiento corresponde al Consejo de Administración, existiendo una contradicción entre la previsión de que el nombramiento corresponde a dicho Consejo con la exigencia de un acuerdo aprobatorio de la Junta general.

2. Aun admitiendo que, en sus diversas modalidades, la delegación de facultades del Consejo de Administración de las sociedades mercantiles dé lugar a la aparición de un nuevo órgano de administración, no cabe catalogarlo como un quinto género o modalidad de ellos distinto a los cuatro que para las sociedades de responsabilidad limitada enumera el artículo 57 de su Ley reguladora, y ello por cuanto el órgano delegado es subordinado, dado que no puede existir si no es en presencia de un Consejo de Administración, ni puede ostentar todas las facultades propias de éste, ni las que se le deleguen son exclusivas sino compartidas con el delegante, pese a que en este caso los estatutos utilicen el término «sustituirán», referido a los Consejeros Delegados con referencia al propio Consejo, y cuyo alcance no se ha planteado en el recurso. Ha de rechazarse, por tanto, el criterio del Registrador de que tan sólo cabe una regulación en los estatutos de la delegación de facultades si al propio tiempo se da a la figura del órgano delegado una configuración autónoma.

3. El inciso final del artículo 57.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece que: «la delegación de facultades se regirá por lo

establecido para las sociedades anónimas». Dado que el régimen de la delegación contenido en el 141 de la Ley que rige estas últimas tan sólo es aplicable «cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa», habrá de concluirse que en esta materia rige, con carácter preferente, el régimen estatutario, y sólo de forma supletoria el legal. En el caso planteado, los estatutos, tras admitir la posibilidad de la delegación, establecen una limitación, que la delegación permanente y la designación de las personas que ocupen el cargo requieren la aprobación de la Junta general.

Se centra el debate en si tal exigencia se acomoda o no a lo previsto en el artículo 44.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y con ello se desenfoca el problema, pues la norma en cuestión se limita a permitir que la Junta general, salvo disposición contraria de los estatutos, se inmiscuya en la gestión social, sea impartiendo instrucciones al órgano de administración, sea autoatribuyéndose la facultad de autorizar la adopción por dicho órgano de decisiones sobre determinados asuntos que son, en principio, de su exclusiva competencia. Se trata, por tanto, de una facultad legal de la Junta salvo exclusión expresa, en cuyo alcance y efectos no es preciso introducirse. En realidad, el problema ha de plantearse con relación al apartado 1.º, letra h), del mismo artículo, en el que, dentro de la enumeración de las competencias de la Junta general, se contiene una habilitación a los estatutos para hacerlas extensivas a cualquier otro asunto, habilitación que si bien no puede entenderse como absoluta, sí que permite cobijar en su seno la aprobación de los acuerdos de delegación de facultades y la designación de las personas que han de ocupar los cargos delegados, que pasa a ser, de este modo, una competencia estatutaria de la Junta.

Así planteado el problema, ningún reproche puede hacerse a la configuración que en este caso hacen los estatutos de la delegación de facultades del Consejo de Administración. La iniciativa para delegar, la configuración del órgano delegado, la extensión de las facultades que se deleguen y la designación de los administradores que pueden actuar como Consejeros Delegados, son competencia del propio Consejo que, pese al silencio de los estatutos, habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas en base a la remisión del artículo 57.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ahora bien, por aquel imperativo estatutario que goza de cobertura legal, la delegación permanente de facultades y la designación de los Consejeros en quienes se haga requerirá la aprobación de la Junta general, requisito que ha de entenderse limitado a sus propios términos y que no puede entenderse referido ni a la iniciativa, ni a la configuración de las competencias ni a la elección de las personas y sin que las disfunciones que con ello puedan plantearse —piénsese en una aprobación sólo parcial de la delegación o de los nombramientos— sean motivos suficientes para rechazar su inscripción.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la decisión y nota del Registrador en cuanto al único defecto recurrido.

Madrid, 12 de mayo de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Publicada en el *BOE* de fecha 15 de junio de 1999.

COMENTARIO

Esta Resolución resuelve un problema diferente y mucho más interesante del que se planteaba en la nota de calificación:

El problema que planteaba la nota consistía en la competencia para la designación de los Consejeros Delegados, entendiendo que sólo podía corresponder a la junta si se erigían estos delegados como un nuevo tipo de órgano de administración. La respuesta es negativa: no son un órgano, sino delegados del verdadero y único órgano —el Consejo— al cual están subordinados en todo momento.

El problema que plantea la Resolución comentada, reconduciendo el debate hacia el mismo, es el de la distribución de competencias entre la junta y el Consejo en las Sociedades de Responsabilidad Limitada; concretamente, el análisis del artículo 44 de la Ley 2/95. La solución es salomónica: los Consejeros Delegados los designa el Consejo, no la junta, y la mayoría para designarlos es la de los dos tercios de los componentes del órgano; a su vez, esta designación puede ser sometida por los estatutos a una especie de «ratificación» o «aprobación a posteriori» por parte de la junta. El mismo esquema se aplica en cuanto al contenido de la delegación de facultades.

Así lo dice la Resolución: «...La iniciativa para delegar, la configuración del órgano delegado, la extensión de las facultades que se deleguen y la designación de los administradores que pueden actuar como Consejeros Delegados, son competencia del propio Consejo que, pese al silencio de los estatutos, habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 141.2 LSA en base a la remisión del artículo 57.1 LSRL. Ahora bien, por aquel imperativo estatutario que goza de cobertura legal, la delegación permanente de facultades y la designación de los Consejeros en quienes se haga requerirá la aprobación de la Junta general, requisito que ha de entenderse limitado a sus propios términos y que no puede entenderse referido ni a la iniciativa, ni a la configuración de las competencias ni a la elección de las personas...».

En efecto, el artículo 44 de la LSRL parece apartarse del esquema clásico, propio de las sociedades que limitan de alguna forma la responsabilidad de sus miembros, que es conocido por la doctrina como «Organicismo de terceros»: puesto que los socios no responden de las deudas, no tienen derecho como tales a inmiscuirse en la gestión social. Se precisa por tanto una dualidad de órganos con competencias exclusivas y excluyentes: la administración y la junta. El órgano que representa la voluntad de los socios, la junta, no puede asumir funciones de administración, gestión o representación. Que alguno de los socios pueda ostentar el cargo de administrador no altera este esquema, que se refiere a la existencia de una dualidad de órganos, con una delimitación de competencias muy precisa, haciendo abstracción de la cualidad de las personas.

El problema que plantea la interpretación del artículo 44 LSRL es si las sociedades limitadas mantienen esa separación de competencias o no. Advierto que el mero hecho de someter a una ratificación posterior de la junta las delegaciones de facultades que haga el consejo no necesariamente rompe tal esquema. Si las delegaciones de facultades que no se hayan sometido a ratificación de la junta surten efectos frente a terceros, la delimitación de competencias se mantiene. Si la falta de ratificación las invalida, la distribución de competencias se rompe.

Como apuntábamos al principio, la Resolución comentada ha reconducido al debate justamente hacia este punto: no a la interpretación del número 2 del artículo 44 LSRL, sino al análisis de la letra *h*) de su apartado 1.º, que contempla la intromisión —vía estatutaria— de la junta, en las funciones del órgano de administración. Vale la pena comparar ambos preceptos. El apartado 2.º dice: «...*salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63*» (1).

Dada esta remisión al artículo 63, este precepto se interpreta en el sentido de que la intromisión de la junta tiene un alcance meramente interno; su incumplimiento solamente surte efectos en la relación entre los administradores y la sociedad, dando lugar a la responsabilidad de éstos, pero no perjudicará a los terceros, respecto de los cuales las facultades del administrador se consideran ilimitadas. En todo caso, estas intromisiones de la junta (necesariamente puntuales o esporádicas) no son susceptibles de publicidad en el Registro Mercantil. Lo que sí puede publicarse en el Registro es la disposición estatutaria que prohíba tales intromisiones.

No ocurre lo mismo con la letra *h*) del inciso 1.º del citado artículo 44 LSRL, cuya formulación es justamente la contraria: los estatutos pueden autorizar determinadas intromisiones. Dice así este apartado: «1. *Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: h) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*».

El problema consiste en determinar el alcance frente a terceros de esta intromisión por parte de la junta. Como señalábamos al principio, si la falta de autorización o ratificación por parte de la junta privase de eficacia al acuerdo del órgano de administración, se rompería el esquema clásico de distribución de competencias entre los órganos sociales.

Según la Resolución comentada, los estatutos pueden romper esa distribución de competencias. Si se someten las delegaciones de facultades del consejo a la aprobación de la junta, tales delegaciones no podrán ser inscritas sin esa aprobación. Dice así la Dirección: «...*por aquel imperativo estatutario que goza de cobertura legal, la delegación permanente de facultades y la designación de los Consejeros en quienes se haga requerirá la aprobación de la Junta general*...».

Esta doctrina —basada en una interpretación puramente literal de un precepto aislado— va a dar lugar a numerosos equívocos. El apartado h) del artículo 44.1.º LSRL es sumamente genérico «...*Es competencia de la junta deliberar y acordar sobre... cualesquiera asuntos que determinen... los estatutos*». Según la Resolución, debemos entender que este precepto permite a los estatutos atribuir cualesquiera competencias a la junta, sin limitación alguna.

Hago notar que la Resolución comentada no percibe la incompatibilidad que existe entre la interpretación que da a este apartado h) del inciso 1.º y la

(1) Como es sabido, el artículo 63 equivale al 129 de la LSA y es trasunto de las Directivas Comunitarias. En lo que aquí nos interesa, su significado consiste en que las restricciones estatutarias de las facultades de los órganos de administración no son oponibles a los terceros que contratan con la sociedad, incluso aunque tales limitaciones estuviesen inscritas (indebidamente) en el Registro Mercantil.

regla general contenida en el inciso 2.º del artículo 44. Este apartado h) se limita a cerrar una previa enumeración de las competencias habituales de la junta y no necesariamente se ha de interpretar en el sentido de que los estatutos puedan introducir cualesquiera intromisiones en las funciones del órgano administrativo. El inciso segundo formula una regla general: al contemplar las intromisiones puntuales de la junta en las funciones del órgano de administración, establece la protección de los terceros, dejando expresamente a salvo lo dispuesto en el artículo 63.

Hago notar igualmente que, como regla general que es, este inciso 2.º parte de un punto de vista opuesto al de la Resolución comentada: a) los estatutos pueden impedir las intromisiones; b) aunque no las prohíban, la Ley las priva de efectos frente a terceros. De una regla general como ésta no se deduce que, cuando sean los estatutos los que imponen las intromisiones, éstas hayan de tener efectos frente a terceros; lo que se deduce es justamente lo contrario: toda intromisión que suponga limitar las facultades de los administradores es inoponible a los terceros, aunque esté publicada en el Registro Mercantil [arts. 63 LSRL y 129 LSA y, sobre todo, art. 9 de la Primera Directiva (2) CEE].

No faltará quien interprete la Resolución comentada en el sentido de que, si la intromisión de la junta en las funciones del órgano de administración tiene carácter estatutario, y por tanto permanente, es susceptible, mediante la publicidad registral, de surtir efectos contra los terceros. La propia Dirección ya lo había entendido así en la Resolución de 25 de abril de 1973, ordenando la inscripción de ciertas limitaciones estatutarias a las facultades de los administradores en una Sociedad Anónima.

J. G. G.

(2) El artículo 9 de la Directiva dice lo siguiente:

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la Ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2. Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado.

3. Esta Resolución admitió la inscripción en el Registro Mercantil de una cláusula estatutaria que atribuía a la junta la competencia para los siguientes actos: «...*Venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, de los bienes afectos al objeto social...*». Creando de paso una nueva categoría de bienes que, a diferencia de los bienes «ordinarios», despliega sus peculiares características en el ámbito de un registro de personas: el Registro Mercantil.

HERENCIA. IUS TRANSMISSIONIS.—PARA INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE ADJUDICACION DE HERENCIA EN LA QUE DETERMINADOS HEREDEROS SUCEDEN POR DERECHO DE TRANSMISION, ES NECESARIO LA INTERVENCION DEL CONYUGE VIUDO LEGITIMARIO DEL SEGUNDO CAUSANTE O TRANSMITENTE. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE OCTUBRE DE 1999, BOE DE 1 DE DICIEMBRE DE 1999).

RESOLUCION de 22 de octubre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Denia, don Gerardo V. Wichmann Rovira, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, número 3, don Francisco J. Salvador Campdera, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Denia, don Gerardo V. Wichmann Rovira, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, número 3, don Francisco J. Salvador Campdera, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 30 de noviembre de 1993, don Gerardo V. Wichmann Rovira, siendo Notario de San Vicente del Raspeig, autorizó escritura de adjudicación de la herencia de los esposos don Antonio Gomis Amat y doña Josefa Torregrosa Pina, fallecidos, respectivamente, el 12 de febrero de 1971 y 21 de septiembre de 1979, de cuyo matrimonio tuvieron cuatro hijos, don Antonio, doña Josefa, don Vicente y doña Teresa. En dicha escritura se expone que los causantes fallecieron bajo sendos testamentos abiertos de idéntico contenido patrimonial, otorgados el día 24 de abril de 1930. Que de los cuatro hijos de los causantes, dos han fallecido, doña Josefa Gomis Torregrosa, el 4 de enero de 1993, bajo testamento abierto otorgado el 28 de octubre de 1985, instituyendo herederos universales y por partes iguales a sus hijos don Vicente y doña Josefa Pascual Gomis, y don Vicente Gomis Torregrosa, el 26 de agosto de 1987, sin testar, y según acta notarial autorizada el 21 de octubre de 1993, resulta que don Antonio, doña María Consolación y don Vicente Gomis García, son, por terceras e iguales partes indivisas, los únicos herederos del causante. Que, por tanto, siendo los únicos interesados y derechohabientes en la herencia de don Antonio Gomis Amat y doña Josefa Torregrosa Pina, los hijos de los anteriores don Antonio y doña Teresa Gomis Torregrosa, por derecho propio, y los hijos de los fallecidos, doña Josefa y don Vicente Gomis Torregrosa, nietos de los causantes, aceptan cuantos derechos se han deferido a favor de cada uno de ellos y se adjudican el único bien que integran las herencias.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Alicante número 3, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, por el defecto insubsanable de no comparecer en el mismo don José Pascual Martínez, viudo de doña Josefa Gomis Torregrosa, y doña Felisa García Navarro, viuda de don Vicente Gomis Torregrosa, legitimarios en las herencias de sus fallecidos consortes, en las que, según Resolución de 23 de junio de 1986, “quedan englobados” los bienes adquiridos por sus respectivos hijos en virtud del derecho de transmisión de sus padres. Contra esta nota, y en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de

Justicia de la Comunidad Valenciana en la forma a que se refieren los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Alicante, 7 de julio de 1994. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que, según parece desprenderse de la nota registral, en todo caso de derecho de transmisión, el *ius delationis* debe ser incluido como valor computable en la herencia del transmitente para fijar el importe de la legítima correspondiente a sus herederos forzosos, por lo cual en la escritura calificada debían haber comparecido dichos legitimarios. Que tal conclusión está apoyada en la Resolución de 23 de junio de 1986. II. Que tal afirmación de que el *ius delationis*, o mejor, el hipotético valor del mismo, debe computarse en la herencia del transmitente, se considera que es ajena a las ideas de nuestro derecho sucesorio: a) En principio, la existencia del *ius delationis* es consecuencia del sistema romano de adquisición de la herencia que sigue nuestro derecho, de manera que, a diferencia del sistema germánico, el heredero llamado debe aceptar o repudiar. Precisamente porque puede que no haga ni una ni otra cosa es por lo que se planteó la posibilidad de que esta facultad fuera transmisible, admitiéndose ello en el artículo 1.006 del Código Civil. No obstante, si se siguiera la tesis que se podría denominar de computación, resultaría que desde el momento de la delación en favor del transmitente, y a los efectos de la protección legitimaria, sería indiferente que aceptara o repudiara, porque en cualquier caso y, en especial, en el de repudiación, el hipotético valor patrimonial del *ius delationis* se incluiría definitivamente en su herencia. Como se ve, ello pugna no sólo con el sistema de adquisición de la herencia que sigue nuestro derecho, sino también con el propio fundamento del derecho de transmisión, e incluso con el principio básico de que el interés de los acreedores está por encima del de los legitimarios, pues tal computación no se realiza en favor de aquéllos. b) Que además existen otros inconvenientes de tipo conceptual y práctico que se oponen a la solución pretendida: 1. Entre los primeros está la propia caracterización del *ius delationis*, que tiene carácter personalísimo (como reconoce la Resolución antes citada), lo que sería incompatible con la comparecencia en el instrumento en que se acepte o repudie de los legitimarios del transmitente. Que, además, el *ius delationis* tiene carácter extrapatrimonial, lo que impide considerarlo como valor computable. Que los argumentos que da la citada Resolución no convencen, porque la pretendida susceptibilidad de valoración económica del *ius delationis*, basándose en que es susceptible de venta, confunde la facultad de ser o no heredero con el hipotético contenido patrimonial de la herencia. Lo que se vende es la herencia ya aceptada (art. 1.000 del Código Civil), pero es imposible vender una facultad personalísima. Por eso no se comprende bien la frase que emplea la citada Resolución: «Cabe, según lo dicho, vender la herencia aún no aceptada». Que, también desde el punto de vista conceptual, no debe olvidarse que la base de cálculo para la legítima es el patrimonio actual del causante a su fallecimiento más el *relictum* líquido (incluso los legados) más el valor de las donaciones colacionables, pero nunca pueden darse a los legitimarios derechos sobre bienes de los cuales el causante nunca fue titular y el transmitente nunca ha sido heredero del primer causante. 2. Que, en fin, la pretendida protección de la legítima no deja de plantear problemas prácticos porque, ¿qué ocurre si hay varios transmitentes? e) Que se considera que la tesis de la computación es ajena al esquema del derecho de transmisión en nuestro Derecho, lo cual no quiere decir que las legítimas de los herederos forzosos del transmitente que-

den desprotegidas. Que si ni el transmitente ni sus herederos forzosos hicieron nada (en cuanto al derecho a instarle para que acepte o repudie —art. 1.005 del Código Civil—, durante el período que el transmitente ha sido llamado a una herencia), la facultad de aceptar o repudiar pasa con el mismo carácter personalísimo al transmisario, y con ella la posibilidad de ser heredero y adquirir los bienes que tal condición lleva consigo. Pretender, entonces, que el transmisario para ejercitar una facultad personalísima debe contar con el concurso de los herederos forzosos del transmitente, en favor de los cuales se computa el valor hipotético de la herencia, no sólo violenta muchos principios de derecho sucesorio, sino que es injusto, pues proporciona a tales legitimarios derechos sobre unos bienes de los cuales su causante no fue nunca titular y respecto a los cuales, ellos como herederos forzosos de dicho causante, no llevaron a cabo tampoco actuación alguna, y otorgaría a tales legitimarios una protección superior a la que se da a los acreedores (que sólo tienen el recurso del art. 1.005).

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en el caso de apertura de una sucesión y posterior fallecimiento del heredero sin aceptar o repudiar la herencia a la que estaba llamado, surge la figura del derecho de transmisión. El Código Civil admite el juego del derecho de transmisión en el artículo 1.006. En términos muy análogos proclaman tal derecho el Código de Sucesiones de Cataluña (art. 29) y la Compilación de Navarra (Ley 317). Que dicho derecho, en opinión de la doctrina mayoritaria, constituye una parte integrante del patrimonio relicto por el llamado a la primera herencia, un valor patrimonial del mismo que pasa a los herederos del llamado, a quien sorprendió la muerte sin haber ejercitado el *ius delationis*, respecto a la herencia a la que fue llamado. En este sentido, se han pronunciado las Resoluciones de 20 de septiembre de 1967 y 23 de junio de 1986. Que los favorecidos por el derecho de transmisión (los transmisorios) son el heredero o herederos del segundo causante (transmitente), los cuales pueden libremente aceptar o repudiar la herencia del transmitente. Si la aceptan (Resolución de 23 de junio de 1986) los bienes que la integran quedan englobados dentro de la herencia del segundo causante. En el caso que se estudia, los transmisarios han aceptado la herencia del primer causante, con lo cual los bienes que la integran quedan englobados dentro de la herencia del transmitente, el cual deja viudo/a que tiene derecho a la legítima correspondiente a su herencia. Que nadie discutirá que el viudo tiene que intervenir en las operaciones particionales de la herencia de su difunto consorte. Luego, los cónyuges viudos de los transmitentes deben comparecer en la escritura objeto de recurso. Que sólo si se sostiene la tesis de que una vez producida la aceptación en virtud del *ius delationis* transmitido, el transmisario es heredero directo del primer causante, de manera que los bienes hereditarios del primer causante no se identificaron con los del transmitente o segundo causante, cabría excluir al cónyuge viudo del transmitente. Que, en conclusión, la mejor protección de los intereses en juego, el carácter de los derechos del cónyuge viudo que quedarían inefectivos si el transmisario sucediera directamente al primer causante y, en fin, la propia orientación de la jurisprudencia registral llevarán a defender como más segura la interpretación del derecho de transmisión como integrante de la herencia del transmitente, con extensión al mismo de los derechos de atribución legal.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador, fundándose en que en este supues-

to, como los transmisarios, es decir, los herederos de los segundos causantes o transmitentes, entran en posesión de la herencia del primer causante a través del derecho recibido de dichos transmitentes, los cónyuges de éstos, que tienen derecho a la legítima correspondiente en su herencia, debieron comparecer en la escritura objeto del recurso y, por ello, procede desestimar el recurso contra la nota registral puesta en la referida escritura.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 806, 807, 839, 988, 1.000.1.º, 1.006 y 1.058 del Código Civil, y las Resoluciones de 20 de septiembre de 1967 y 23 de junio de 1986.

1. Se debate en el presente recurso si para inscribir una escritura de adjudicación de herencia en la que determinados herederos suceden *iure transmissionis* es o no necesaria la intervención del cónyuge viudo legitimario del segundo causante (transmitente).

2. En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el *ius delationis* respecto de la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo —a la que existe un llamamiento directo *ex legemo*— se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, así como la nota de calificación registral.

Madrid, 22 de octubre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

COMENTARIO

Desestima el recurso y confirma la nota de calificación del Registrador por la que deniega la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia causada por un matrimonio fallecido con sendos testamentos de idéntico contenido en los que instituyen herederos por partes iguales a sus

cuatro hijos de los que fallecen posteriormente dos de estos hijos en estado de casados, sin aceptar ni repudiar la herencia de sus padres; se otorga la escritura por los dos hijos supervivientes que heredan por derecho propio y por cabezas y los cinco nietos de los primeros causantes, hijos de los dos hijos fallecidos que heredan por derecho de transmisión en cuanto a la herencia de sus abuelos y por stirpes de dos y tres en virtud de testamento y acta de declaración de herederos abintestato, respectivamente, sin intervención de los dos cónyuges viudos de los segundos causantes, motivo por el cual el Registrador deniega la inscripción al considerar que se perjudica su legítima consistente en un tercio en usufructo, conforme al artículo 834 del Código Civil.

Se debate en el presente recurso la naturaleza y efectos del derecho de transmisión regulado en el artículo 1.006 del Código Civil dentro del ámbito del Derecho Civil Común, y por el artículo 29 del Codi de Successions de Catalunya. El problema fundamental de fondo que se plantea es el de si el transmisorio en cuanto al contenido del *ius delationis* hereda directamente al primer causante o a su transmitente, es decir, al segundo causante, o bien, como tercera vía, indirectamente al primer causante a través de la aceptación de la herencia de su transmitente en la que el *ius delationis* se integra como un valor patrimonial propio e individualizado computable dentro de los inventariados en la relación de bienes del transmitente. Dicho de otro modo, la cuestión se centraría en si nos encontramos ante dos herencias diferenciadas o solamente ante una delación, la del transmitente o segundo causante, de la que formaría parte dentro del total valor de la herencia, el *ius delationis* o derecho de aceptar o repudiar del primitivo causante y no ejercitado por su heredero o transmitente.

Es obvio decir que el *ius delationis* tendría un valor realizable y computable en el global del caudal relicto únicamente en caso de aceptación de la herencia del primer causante, puesto que podría darse el supuesto de aceptación de la herencia del primitivo causante y repudiación de la del transmitente o viceversa, cuyas consecuencias económicas, a efectos de valoración del global de la herencia y de determinación de las legítimas, serían muy diferentes.

Esta última posibilidad choca con el principio de la inadmisibilidad de la aceptación o repudiación parcial de la herencia consagrado en el artículo 990 del Código Civil. También choca con la consideración, que viene reconocida en la resolución comentada, del *ius delationis* como un derecho con entidad propia y diferenciada incorporado dentro de la herencia del transmitente.

Pero a este respecto no debemos olvidar que el contenido sustantivo y primario del *ius delationis* es precisamente el de aceptar o repudiar la herencia no aceptada ni repudiada por su transmitente.

Por ello, la conclusión evidente es que no hay aceptación parcial y por tanto no se vulnera el artículo 990 del Código Civil cuando se acepta una herencia y se repudia la otra, puesto que nos encontramos ante dos delaciones, aunque la primera inmersa dentro de la segunda.

Esta es también la conclusión a la que llega la presente resolución que reafirma la misma doctrina ya sentada en la anterior Resolución de 23 de junio de 1986, que considera necesaria la intervención de los cónyuges viudos a efectos de hacer valer sus derechos legítimos y reconoce el carácter personalísimo del derecho de transmisión.

La segunda cuestión que, a mi entender, plantea esta Resolución, es la ya bien conocida de la naturaleza jurídica de las legítimas que muy bien se puede estudiar desde distinto prisma, según nos refiramos al Código Civil o al Codi

de Sucesions de Catalunya, puesto que los resultados también serían bien distintos.

Efectivamente, la Resolución debatida confirma la ya superada teoría de atribuir a las legítimas la naturaleza de un verdadero derecho real, en este caso el usufructo de un tercio del patrimonio total relicto que puede quedar afectado a su realización. La legítima se trata de un verdadero *pars valorum* que exige la aquiescencia y el consentimiento de los llamados *ex lege* a ella, para su fijación.

Por el contrario, dentro del Derecho Civil Especial de Catalunya nos encontramos con que las legítimas participan de la naturaleza de *pars valoris bonorum* o, lo que es lo mismo, de un verdadero derecho de crédito realizable sobre los mismos bienes hereditarios, en efectivo metálico o de cualquier otra forma cuyo pago podrá reclamar el legitimario en caso de que no se le satisfaga mediante el oportuno ejercicio de las acciones legales que le amparan pero que no hacen necesario su intervención.

Esta naturaleza atribuida a los derechos legitimarios dentro de Catalunya se confirma en el nuevo Codi de Sucesions, que suprime la afección registral legitimaria sobre los bienes hereditarios por término de veinte años regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria y admitiendo como única vía de acceso al Registro de las legítimas la anotación preventiva de la demanda de su reclamación por la vía judicial pertinente.

Por último, debe señalarse el rigor de la nota denegatoria recurrida al calificarse el defecto observado como insubsanable.

Sin duda, el Registrador, con su criterio independiente, entendió que era indispensable el otorgamiento de un nuevo instrumento público con la comparecencia de los cónyuges viudos en su calidad de legitimarios donde se fijaría su respectiva legítima mediante la determinación de su cuota en usufructo.

M. G. R.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

ACCION DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. CARACTER SUBSIDIARIO PARA CUANDO LA LEY NO CONCEDE ACCIONES ESPECIFICAS. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción de enriquecimiento sin causa no es ninguna sanción civil que se imponga como consecuencia de una conducta culposa, como reiteradamente tiene dicho esta Sala.

Es por supuesto concebible en abstracto una aplicación del derecho que resida en la equidad y la buena fe del aplicador, sin sujetarse a ninguna norma positiva. Pero no es concebible en una ordenación jurídica presidida por la sumisión del juez a la ley (art. 117.1 Const.). Es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio, la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquélla reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para la acción de enriquecimiento. Esta es la doctrina que se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1985 y 3 de marzo de 1990, que sostuvieron, como una de las *ratio decidendi* de sus fallos, la subsidiariedad de la acción.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA: NO REQUERE UNA ACTITUD DOLOSA DEL INCUMPLIDOR. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La resolución contractual, a tenor de lo establecido en el artículo 1.504 del Código Civil, no requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se malogre el fin del contrato para la

contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea necesaria una tenaz y persistente resistencia a su observancia, ya que basta con que pueda atribuírsele al incumplidor una conducta voluntaria y obstativa al respeto de los términos pactados, de manera que procede la resolución cuando se da un impago prolongado y duradero injustificado, o quede frustrado el objetivo económico-jurídico inherente al contrato de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, tal como han sentado, entre otras, las sentencias de 2 y 16 de julio de 1991 y 20 de junio de 1993.

CONTRATO DE ARQUITECTO: LOS AUTORES DEL ENCARGO HAN DE SATISFACER SU IMPORTE, AUNQUE NO SEAN TITULARES DOMINICALES. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo denuncia infracción de la doctrina procesal sobre el litisconsorcio pasivo necesario por entender que debieron ser demandados los socios que componían la entidad propietaria del terreno donde iba a emplazarse el edificio. El motivo sostiene que los demandados nunca han sido titulares de la finca.

El motivo desconoce que si la Audiencia ha declarado que el encargo existió, que el contrato fue una realidad y que los autores del encargo fueron los demandados, ellos han de satisfacer su importe, cualquiera que sea posteriormente su relación con la sociedad a la que dicen pertenecer.

El trabajo de proyecto de edificio no necesariamente tiene que ver con la titularidad dominical.

EL ACUERDO PARTICIONAL ENTRE LOS COHEREDEROS NO REQUIERE UNA ESPECIAL FORMA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.058 contiene una autorización amplia a los herederos para llevar a cabo las operaciones divisorias de la herencia, lo que actúa plenamente, aunque con carácter supletorio por no haberlas realizado el testador ni encomendado a otro esta facultad. El acuerdo particional, de notoria naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante y en el mismo los interesados pueden también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos, lo que autoriza tanto el artículo 6-2, con carácter general, como el 1.000-2, ambos del Código Civil, que prevé la renuncia con carácter gratuito de un heredero a favor de los demás.

EL CONTRATO REPRODUCTIVO REFUNDE SUCESIVAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD, SOBRE LAS QUE SE PRESTA NUEVO CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—No pugna con el artículo 1.224 la tesis del contrato reproductivo, que se refiere a renovación contractual que refunde sucesivas declaraciones de voluntad sobre las que se presta nuevo consentimiento, como son los contratos de fijación jurídica, que establecen y determinan de modo claro y terminante, con designios de certeza y estabilidad, concretas

situaciones jurídicas (sentencias de 14 de noviembre de 1974, 15 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983).

El artículo 1.486, que se refiere a la compraventa, no protege y menos blinda las situaciones de incumplimiento.

El artículo 1.124 del Código Civil no es incompatible con el artículo 1.539, específico de las permutas, y autoriza la opción de mantener el contrato perfeccionado, pero con el resarcimiento de los daños y perjuicios.

EL JUEZ NO ESTA OBLIGADO A UTILIZAR LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada y constante que el artículo 1.253 del Código Civil autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en autos, no resulta infringido dicho precepto.

No se infringe el precepto por su no aplicación, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas, y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones.

También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez), es difícil que pueda exigírsele su aplicación y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiese sido propuesta por las partes y discutida en el pleito.

CONTRATOS DE AGENCIA Y DISTRIBUCION. CARACTERISTICAS. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de agencia viene a ser aquella relación consistente en la promoción o conclusión de operaciones mercantiles a cargo del agente, de forma continuada o estable, pero por cuenta del empresario que contrató sus servicios y que decididamente se proyecten a la captación de clientela para el principal, y si bien el agente conserva su organización empresarial, su actividad la viene a desarrollar como efectivo intermediario independiente, no asumiendo los riesgos de los negocios en los que participa, que los soporta el comitente, salvo pacto expreso en contrario, percibiendo el agente el precio convenido por su actividad de gestión, lo que no impide que pueda estar vinculado a varios empresarios distintos.

La concesión mercantil, también conocida como contrato de distribución, encuadrable dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, presenta la particularidad de que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realiza con los clientes, pues actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también en el propio. Su autonomía se manifiesta en la fase final de distribución de los efectos o mercancías a la clientela, ya que se produce una efectiva reventa de los productos que suministra el principal.

Se ha de aplicar el artículo 1.101 del Código Civil cuando se ha producido resolución unilateral por parte de la concedente, no obstante estar previsto en el contrato, pero que resulte arbitraria y con daño para la otra parte.

La indemnización por clientela, que esta Sala de Casación Civil viene otorgando en los casos de relaciones de concesión en exclusiva, como la que nos ocupa, al corresponder a una indemnización compensatoria con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento, y partiendo de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra, al producirse su desplazamiento, en el fondo comercial del concedente, y su disfrute, por el esfuerzo ajeno, actúa a medio de enriquecimiento injusto (sentencia de 22 de marzo de 1988).

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR RUPTURA DE TRATOS PRELIMINARES. REQUISITOS PARA LA PRESENCIA DE DICHA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1999.)

Hechos.—Tras diversos tratos preliminares, el Ayuntamiento de A. y la empresa D.I.S.A. iniciaron una colaboración para la instalación de un matadero industrial de aves, mediante un plan de actuación consistente en la adquisición de un terreno idóneo por el Ayuntamiento de ese municipio, que vendería posteriormente a D.I.S.A., pero supeditaba la ejecución del proyecto a la concesión de subvenciones oficiales. El Ayuntamiento adquirió el terreno, pero como no se concedieron las subvenciones, la entidad D.I.S.A. abandonó el proyecto. El Ayuntamiento la demanda por ruptura injustificada de tratos, pero el Supremo casa la sentencia de instancia y absuelve a la demandada.

Doctrina de la Sentencia.—Para la presencia de responsabilidad extracontractual, entre otros requisitos, se sitúa el concerniente a que el agente a quien se impute el daño haya realizado una acción u omisión contraria a derecho. En materia de responsabilidad precontractual, para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato; b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.

Para la existencia de la clase de responsabilidad extracontractual expresada, es necesaria la creación de una situación de confianza luego defraudada injustificadamente, y en este caso no se había producido en ningún momento ese estado de esperanza fundada que hiciera presumir que el contrato se iba a consumar, pues la actuación de la recurrente siempre estuvo supeditada a la concesión de las subvenciones.

La adquisición de los terrenos para ubicar el matadero fue efectuada y el préstamo para dicha compra fue concertado antes del conocimiento definitivo del alcance de las ayudas oficiales, lo que presupone un ilógico apresuramiento en la actuación del ente local.

En definitiva, no concurren aquí los presupuestos imprescindibles para la existencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones.

EL AVAL PRESTADO DEJANDO EN BLANCO EL TIEMPO DE DURACION NO ES ILIMITADO; ESTARA VIGENTE MIENTRAS DUREN LAS RELACIONES ENTRE EL AVALADO Y EL ACREEDOR. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La fianza convencional exige un negocio jurídico entre fiador y acreedor, mediante el cual aquél garantiza y se responsabiliza del cumplimiento de las deudas de un tercero, sin que sea preciso, para la perfección de la relación, la participación del deudor.

Cuando no consta la intervención del acreedor y tampoco que hubiere expresado su consentimiento, el negocio de garantía no surge a la vida jurídica (sentencia de 23-3-1988) ni obliga al fiador.

El aval opera como garantía de otros contratos, y el avalista se obliga a cumplir la obligación ya existente, o la que se cree a partir del momento de su constitución, con una especial garantía personal y pacto o no de solidaridad.

La especialidad del aval resulta de que para su otorgamiento normalmente se tiene en cuenta junto a las condiciones del avalista también las del acreedor.

El aval, tal como se prestó, dejando en blanco el tiempo de su duración, se presenta sin limitación al no constar la fecha de su finalización, pero no debe por ello entenderse como ilimitado total en cuanto a su vigencia, es decir, para siempre, sin tope temporal alguno, sino que una interpretación razonable inclina a decir que resultaba vigente en tanto duraron las relaciones comerciales del avalado con la mercantil acreedora, y sólo a favor de ésta. Entenderlo de otro modo significaría blindar y mantener perpetua *sine die* una relación, a lo que es contrario el Código Civil (art. 400 —comunidad de bienes—, 1.052 —disolución de las sociedades civiles—, 1.750 —duración del mandato—) y no conciliarse su eficacia con doctrina jurisprudencial por tratarse de relaciones indefinidas en cuanto a su duración temporal.

EL SISTEMA DE ECONOMIA DE MERCADO NO PUEDE SIGNIFICAR LA FALTA DE PROTECCION PARA LOS CONSUMIDORES. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—No existe incongruencia cuando la estimación de una petición supone necesariamente el rechazo de la que motiva la acusación de incongruencia.

En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad que el recurrente solicita que esta Sala plantee al Tribunal Constitucional, por contradecir el artículo 38 de la Constitución, ha de resolverse negativamente, pues no se abriga ninguna duda de que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y de que la libertad en la fijación de precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales.

CLASES DE SIMULACION DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La simulación total o absoluta, llamada *simulatio nuda* por su naturaleza especialmente contraventora de la legalidad (la cual, como es sabido, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro Código Civil, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que puede ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y la declarada —vicio de voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; y se puede distinguir una dualidad: simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa —*quod debetur aut quod pactetur*— y la simulación relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado), ostenta una afinidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado.

La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público.

El concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual dice que ésta consiste en un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer (Sentencia de 30 de septiembre de 1989).

DAÑOS MORALES. CONCEPTO. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Los daños morales representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o incluso resultados, pueden producir en la persona afectada, y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de instancia.

EL NEGOCIO FIDUCIARIO NO TRANSMITE LA PROPIEDAD DE LA COSA Y, CONSECUENTEMENTE, NO PUEDE SERVIR DE TÍTULO PARA ENTABLAR LA TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato en que se basa la tercera de dominio es un negocio fiduciario (con grandes visos de simulación) en virtud del cual el recurrente no adquiere la propiedad de la cosa confiada, que sigue perteneciendo al fiduciante y no habiendo llegado a ingresar el inmueble aparentemente vendido en el patrimonio del tercerista, no puede prosperar la tercera dominical planteada.

UN CAMBIO LEGISLATIVO NO CONSTITUYE FUERZA MAYOR. CONGRUENCIA: EL JUEZ DEBE PRONUNCIARSE SOLO SOBRE LO SOLICITADO POR LAS PARTES EN EL «PETITUM». (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Según doctrina jurisprudencial, la fuerza mayor como acontecimiento que aun cuando se hubiere previsto habría sido inevitable —sentencia de 30 de septiembre de 1993—, dado su carácter absoluto productor de un incumplimiento «legal» de las obligaciones, deviene como consecuencia de factores externos al obligado (rayos, huracanes, inundaciones) lo que compadece mal con un evento tan previsible para una sociedad como la apelante, perteneciente al segundo grupo societario exportador e importador de tabaco del mundo, como es la reducción de cuotas de producción, por cambio legislativo de la Comunidad Europea, que hay que reputarlo dentro del denominado riesgo empresarial, por ser una eventualidad que puede producirse durante la vigencia de un contrato.

La congruencia o incongruencia de la resolución judicial ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juzgador, pues el órgano judicial debe pronunciarse sólo sobre lo pedido y únicamente en los límites de la tutela jurídica postulada, incurriendo en incongruencia con el reconocimiento en su fallo de un efecto o resultado cualitativamente diverso del pretendido por la parte en la tutela de su interés. Pues bien, para identificar el *petitum* ha de atenderse al suplico de la demanda y demás escritos rectores del proceso —contestación, réplica y dúplica—, no pudiendo por ello mismo reconocerse el carácter de *petitum* a las manifestaciones, alusiones, indicaciones y consideraciones contenidas en el cuerpo de dichos escritos, sin reflejo o traducción en el «suplico».

J. Q. S.

EL BAJO PRECIO RESIDUAL PACTADO PARA LA OPCION DE COMPRA EN EL LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO NO ES INDICE SIGNIFICATIVO POR SI MISMO DE QUE OCULTA UNA VENTA A PLAZOS DE BIENES INMUEBLES. (STS DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La tesis de la recurrente se basa en dos aspectos del contrato litigioso, a saber: que no cumple lo ordenado en el apartado 3 de la Disposición Adicional, al que califica de requisito esencial, pues en el contrato sólo se pactó el precio global, el importe a pagar en cada mensualidad, y en que en la opción de compra el precio era equivalente al importe de una mensualidad, precio meramente simbólico, y revelador de que el contrato de leasing financiero no era más que la cobertura de una compraventa a plazos del camión.

Estos argumentos son erróneos. Por lo que respecta a la «sustancialidad» que atribuye a lo ordenado en el apartado 7.º de la Disposición Adicional, no existe más que falta de atención a los apartados 5.º y 6.º de la misma Disposición Adicional, en la que se revela nítidamente que la finalidad de la primera es exclusivamente de orden fiscal, en modo alguno trasciende al aspecto sustantivo del contrato. La índole fiscal es todavía más clara si se repara en la Ley 43/95, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, cuya Disposición Derogatoria única deroga expresamente, entre otros, el tan repetido apartado 7.º, es más, en el artículo 128, bajo el epígrafe tan significativo de

«Régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero», reproduce sustancialmente aquella Disposición Adicional de la Ley 26/1988, en sus nuevos preceptos sustitutivos de los derogados.

En lo que atañe al bajo valor residual del objeto, que es el precio de la opción de compra a la finalización del plazo de duración del leasing, carece de apoyo legal la tesis de la recurrente, pues como esta Sala ha dicho con reiteración, no hay ninguna norma que haya de cumplirse en la fijación de aquel valor residual. Además de nuevo olvida la recurrente la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 26/1988, en su apartado 7.º, que obliga a las entidades arrendadoras a amortizar el coste del bien o bienes adquiridos para el arrendamiento financiero, «deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra», en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato. Es decir, que para todos los efectos fiscales, el precio de adquisición debe corresponder a las cuotas a pagar en aquellos plazos, por lo que entonces es completamente lógico que el valor residual no sea índice significativo por sí mismo de la conversión de leasing en una venta a plazos».

**APRECIACION DE INEXISTENCIA DE CAUSA EN UN CONTRATO DE COM-
PRAVENTA CELEBRADO ENTRE LOS CONYUGES. (STS DE 30 DE SEPTIEM-
BRE DE 1999.)**

Por lo que respecta al artículo 1.253, la argumentación del matrimonio recurrente se centra en que el Tribunal *a quo* al establecer el hecho consecuencia, siguió un camino no razonable y contrario a las reglas de la sana crítica, lo que obliga a hacer una referencia a los hechos base que sentó el Tribunal *a quo*, los cuales, sustancialmente, consistieron en: que no hay constancia probatoria sobre la realidad del precio, estimándose meramente confesado, que ninguna prueba apunta a la existencia de un patrimonio privativo de la esposa, ni al desempeño de una actividad lucrativa por la misma, siendo su profesión declarada la de «sus labores-ama de casa», que existe una relación conyugal entre compradora y vendedor, manteniendo su convivencia, que ambos continúan ocupando la vivienda, que el precio declarado es ostensiblemente menor al del valor de la vivienda, que aunque el préstamo otorgado por la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao está garantizado con la hipoteca de la vivienda. No se pacta en la escritura pública la subrogación del mismo, por lo que el esposo sigue obligado personalmente al pago, y que el esposo carece de otros bienes para hacer frente efectivo el crédito del Banco. Pues bien, la valoración racional y lógica de los presupuestos relacionados, no permite llegar a una conclusión distinta a la sentada por el Tribunal *a quo*, es decir, que el contrato de compraventa careció de causa, y esto así, y sin necesidad de mayores reflexiones, permite concluir que el meritado Tribunal no siguió un camino erróneo al hacer aplicación de la prueba de presunciones que contempla el artículo 1.253, pues como bien dice una de las sentencias citadas en el motivo, la de fecha de 20 de febrero de 1990, «la determinación de ese enlace preciso y directo es un juicio de valor reservado, en principio, a la Sala de instancia, cuya deducción debe ser mantenida mientras no se acredite que la misma es arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano». Por consiguiente, al no haber resultado infringido el artículo 1.253, ni tampoco, en su relación con el 1.214, el motivo carece de viabilidad.

DECLARACION DE DERECHOS. (STS DE 26 DE OCTUBRE DE 1999.)

La cuestión litigiosa se centraba en que el contrato suscrito tenía por objeto varios locales comerciales y se había establecido la obligación de la vendedora de otorgar escritura pública antes del 31 de diciembre de 1993, y, si no llevara a cabo dicho otorgamiento en el plazo de ocho días naturales a partir del requerimiento de la compradora, que se verificó el 11 de enero de 1994, se vería obligada a abonar una indemnización de DOSCIENTAS mil pesetas diarias hasta la fecha del otorgamiento, a lo que se opuso la demandada con la alegación de que no había obtenido la propiedad del edificio en donde se ubican los locales comerciales objeto del litigio, pues la escritura pública de dación en pago en la que tendrfa su causa dicha adquisición, no fue ratificada, debido a que el mandatario verbal, interviniente en su nombre en dicha operación, no contaba con autorización para ello.

«Al ser la ratificación una simple manifestación de voluntad, puede realizarse de forma expresa o tácita, y la expresión más elemental de ésta es el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato, situación concurrente en el caso del debate, donde la recurrente, que conocfa los documentos suscritos por su representante legal, no hizo uso de la acción de nulidad que podía ejercitar y, además, según estima acreditado la sentencia de instancia, ha permitido el ingreso en su patrimonio de cantidades relativas a la adquisición inmobiliaria realizada por la vía de dación en pago, que, sin duda, está conectada con el contrato de compraventa de los locales objeto de este juicio, pues la segunda operación se complementaba con la primera y no se entiende sin aquélla.

No ha existido infracción legal alguna: la sentencia del juzgado, asumida por la de apelación, después de aclarar que el expresado representante legal no podía admitir bienes inmuebles en pago de deudas, hizo entrar en juego a la figura de la ratificación tácita respecto al negocio de la dación en pago, en el que tiene su origen el contrato objeto del litigio, según antes se determinó, lo que no es sino una consecuencia de la mentada falta de facultades para plasmar la operación, pues en otro caso no será precisada configuración alguna, la decisión recurrida abunda en esta materia y considera absolutamente acreditada la aprobación tácita de la recurrente no sólo por los datos demostrativos actuados en primera instancia, sino también por la incorporación al Rollo de la Sala que «los testimonios judiciales de documentos sobre los que fue interrogado el representante legal de la demandada».

EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ACCESORIAS PARA UNO DE LOS CONTRATANTES NO LE IMPIDE HACER USO DE LA ACCION RESOLUTORIA CUANDO EL INCUMPLIMIENTO DEL OTRO ES ABSOLUTO. (STS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El artículo 1.124 del Código Civil que concede la facultad resolutoria para las obligaciones recíprocas, requiere como presupuesto fáctico esencial que el contratante que pretenda hacer uso de dicha facultad debe haber cumplido la parte de la obligación que le corresponda, pero semejante requisito ha sido paliado por una constante doctrina jurisprudencial —excusando su conocimiento general de la cita concreta de las sentencias que la recogen— manifestada en una doble vertiente: el incumplimiento alegado ha de ser de tal enti-

dad que frustre a la contraparte sus legítimas expectativas a la ejecución del contrato, y en el supuesto de que el reclamante hubiera incumplido parcialmente su obligación, ello ha de afectar a obligaciones accesorias y ser consecuencia del incumplimiento del contrario.

SE CONSIDERA EXCEPCION OPONIBLE EL PAGO DEL PRESTAMO A PERSONA NO AUTORIZADA POR LA SOCIEDAD AVALADA. (STS DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

En el ámbito de las excepciones oponibles, el fiador puede aducir tanto las que afecten a la existencia y validez de la obligación principal, como las relativas a su posible extinción, e incluso utilizar los remedios defensivos que, fundados en razones objetivas permitan el incumplimiento del deudor principal. Debe tener presente, en este orden, que la disposición del capital prestado, por entrega indebida del propio prestamista, al pagar un cheque, prácticamente de su importe al administrador que carecía de poderes suficientes, pese a constar en la misma póliza de préstamo, la referencia a la escritura social que definió el alcance de aquéllos, de manera patente, la ocurrencia de un hecho, que en buena hermenéutica, supone que frente a la reclamación del reembolso del préstamo por la prestamista a la prestataria. Esta última puede oponer la irregularidad del pago efectuado a quien no estaba autorizado, frustrando con ello la reclamación, y, por ende, la devolución. Tal evento, encaja en el supuesto que previene el artículo 1.852 del Código Civil, al tratarse de un «hecho del acreedor» que impide por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso de préstamo exigible a la prestataria.

EXTINCION DE LA OBLIGACION DEL PAGO DE INTERESES DEL ARTICULO 1.110 DEL CODIGO CIVIL. (STS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El artículo 1.110, integrado en el capítulo II del título I del Libro IV del Código Civil, relativo a los efectos de las obligaciones, establece una consecuencia liberatoria para el deudor que se deriva de la forma y entidad del cumplimiento de lo que le incumbe y debe, y de la falta de todo reparo o reserva por parte del acreedor en cuanto a ese cumplimiento que, por lo que aquí interesa, ha de contraerse a la liquidación definitiva de lo que se está en deuda y su repercusión en la obligación del pago de los intereses que esa deuda hasta entonces haya generado y así, reconocida la producción del primero de los presupuestos —extinción de la obligación por cobro de cien millones de pesetas que la aquí recurrente consiguió en su día, tanto como por haber reducido ese concepto pretendido en demanda— el precepto impone la consecuencia que de tal hecho deriva, cual es la de la extinción de la obligación de pago de toda clase de intereses, originados por las demoras producidas o pactadas, ya que el precepto tiene presente, sin otras distinciones, todos los que de aquellos intereses puedan estar integrados al tiempo del finiquito de la obligación principal, sin distinción por la causa o causas de su origen.

Cabe al acreedor impedir ese efecto extintivo que el precepto establece haciendo, al tiempo que se le liquida el capital mediante su entrega que recibe, la reserva sobre la deuda accesoria de intereses y el mantenimiento de su derecho al cobro de los mismos y esto, que admite la prueba correspon-

diente que desvirtúe la imposición legal, no ha ocurrido en el supuesto contemplado, pues como ya recoge la sentencia recurrida, el representante de la sociedad demandante confiesa en juicio, desvirtuando cuanto dice el escrito solicitando la persecución del procedimiento suspendido a su instancia, que en las conversaciones que condujeron a la liquidación del precio del contrato que le unía con el ente demandado, quedando así acreditada en principio por el hecho del pago y el desistimiento del resto, la falta de toda reserva en aquel momento, que es cuando sin respaldo alguno, se invoca realizada sobre la referida deuda de intereses.

CONTRATO DE OPCION DE COMPRA. (STS 14 DE OCTUBRE DE 1999.)

Se pretende comprar una serie de tres edificios o casas, esto es, inmuebles, sin designar para nada cuál será el destino o designio que con dicha adquisición se presentará por los titulares del derecho de acción concedido, tampoco se expresa cuál será el objetivo de la opción por parte de los futuros compradores de los citados edificios que se especifican concretamente y que el precio del derecho de la opción es el de 124.000.000 de pesetas, o sea, lo que suele entenderse por prima del derecho de opción, cantidad que, sin perjuicio de tener un monto considerable, no puede enturbiar la recta calificación del contrato de opción en paralelo con el presumible fuerte agiotaje que pudieran obtenerse con futuras especulaciones inmobiliarias, todo lo cual se corresponde con el precio total de 620 millones de pesetas, de la futura compraventa que, en su caso, se debiera consumir, que se resalta y ratifica ese sentido optativo de la propia literalidad de las estipulaciones concertadas en dicho contrato, en donde se exponen las condiciones para convalidar el contrato de opción en contrato de compraventa, siempre y cuando por los titulares del derecho concedido, dentro de los seis meses del plazo de la opción, sea ejercitar la real adquisición de los inmuebles objeto de la acción, en cuyo caso, naturalmente, del precio total se descontaría la suma recibida como tal precio de derecho de opción, sin que el hecho de que la clásica y habitual prima se considere, a estos efectos, como parte del precio, no debe desvirtuar la recta calificación del contrato de opción que ha hecho el Juzgado sentenciador, ya que, hasta por la propia envergadura de su importe deviene lógico, que dentro de la jurisprudencia de intereses, las partes entiendan que, tal suma anticipada deba descontarse del precio de la eventual venta en el caso de que consuma el derecho de opción y se convierta en auténtico contrato de compraventa; en consecuencia, no habiéndose apreciado por el Juzgado de Instancia la existencia de ningún vicio invalidatorio del consentimiento prestado por los titulares del derecho de opción, hoy actores, y sin que tampoco quepa apreciar que el cambio urbanístico acordado por el Pleno del Ayuntamiento, altere lo así resuelto inicialmente, puesto que en definitiva ello, no más implica un evento que, debe integrarse o tenerse en cuenta por los interesados, dentro del área o riesgo que supone cualquier operación realizada a plazo, como ocurre con esta operación de futuro u opción de compra, ya que, en una dialéctica «a contrario», también incluso se podría pretender que cuando las condiciones urbanísticas hubiesen supuesto una indiscutible mejora o plusvalía en el momento en que se produzcan en relación con las previsiones pretéritas realizadas al pactar la opción, tampoco hubiera sido de recibo una acción de reclamación de diferencias por parte del concedente de

la opción; todo ello, pues, determina que, con independencia de que, en efecto, sea cierto que mientras el tracto de la opción, es claro que el concedente tenga la obligación de conservar el objeto del derecho correspondiente en la misma situación en que se apreció al constituir el contrato (exigencia acorde hasta con el dogma de la continuidad de la base del negocio), esa obligación, aquí, no ha sido vulnerada por su concedente, ya que, el supuesto cambio de destino de su naturaleza urbanística excede de su propia voluntad, pues, se le impone por las mismas disposiciones municipales, por lo cual, de esa alteración no es posible imponerle sanción alguna respectiva a su derecho.

VALIDEZ Y EFICACIA DE LA COMPRAVENTA DE UNA COSA EMBARGADA.
(SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1999.)

El *thema decidendi* se reduce únicamente a determinar el efecto jurídico de una compraventa de una cosa embargada que si bien se celebra con anterioridad a la anotación preventiva del embargo en el Registro, no obstante para alcanzar la perfección, y por lo tanto la validez, precisó de una ratificación que tuvo lugar con posterioridad a la fecha de la anotación, de tal manera que la plena validez y eficacia desde la data de la celebración se produce en virtud de la retroacción de efectos —operatividad *ex tunc*— que anuda a la ratificación el párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil.

PROCEDENCIA DE LA DECLARACION JUDICIAL DE LA RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. (STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro Ordenamiento no sólo en vía judicial, sino también mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva de que sean los Tribunales los que definitivamente decidan la procedencia de la resolución extrajudicial, cuando no se acepta y resulta impugnada, con lo que no se autoriza la extinción del contrato, en cuyo caso la voluntad rescisoria, en este caso del comprador, requiere para su eficacia una resolución judicial que declare su procedencia, al concurrir los supuestos legales del artículo 1.124 del Código Civil, y dado el principio de rogación de parte por el que se gobierna el proceso civil, esa declaración judicial sólo puede obtenerse si se ha ejercitado la correspondiente acción. Al ser el recurrente parte demandada debió promover la correspondiente demanda reconvenzional, y en vez de esto se limitó a oponerse a la demanda. Ante la falta de ejercicio de la acción resolutoria, se veda a esta Sala de Casación Civil hacer pronunciamiento alguno sobre la cuestión.

I. I. M.

COMPRAVENTA. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Málaga, en sentencia de 27 de noviembre de 1992, estima en parte la demanda. La Audiencia Pro-

vincial de Málaga (Sección 6.ª), en sentencia de 28 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Existencia de una compraventa de inmueble de 14 de diciembre de 1989, en el que la vendedora fue la actora y hoy recurrida «Polígono Industrial Alhaurín de la Torre, S.A.», y la compradora «Promociones Alhsa, S.A.», en la escritura pública hizo constar haber recibido el precio completo, pero cuyo contenido se alteró por escritura posterior y de la misma fecha, y el resto del precio se aplazó mediante firma de letras avaladas de sucesivos vencimientos y sólo una fue atendida. Se requirió de pago a la compradora y luego se practicó el requerimiento absolutorio a que se refiere el artículo 1.504 del Código Civil.

Doctrina de la Sentencia.—El hecho se concretó en el destino dado por el Banco al importe de un cheque, que determinó a la Audiencia a decir en sus fundamentos jurídicos que «el documento privado que se acompañara con el escrito de suplica, no venía más que a fijar un precio ficticio con la clara intencionalidad de obtener financiación la sociedad, mediante la puesta en circulación de letras a favor no endosadas a “Polígono Industrial Alhaurín de la Torre”, y que al parecer el efectivo obtenido quedó en cuentas particulares de algunos socios».

INCONGRUENCIA OMISIVA. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Málaga, en sentencia de 13 de junio de 1994, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª) en sentencia de 18 de marzo de 1995, estima parcialmente el recurso de apelación.

No ha lugar el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se considera que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva al no haber resuelto las cuestiones objeto de debate, es decir, sobre dos de los acuerdos de la Junta: aprobación de la situación económica y solución a la misma situación económica, habiéndose denegado por la Audiencia la aclaración solicitada. En el escrito de preparación del recurso se manifestó la reserva para ejercitar las acciones que pudieran corresponder, por entenderse que pudiera existir negligencia o ignorancia inexcusable al tratar el fallo, primero, por la inconcebible afirmación de que no se postuló sobre estos temas y, segundo, por confundir entre «impugnación de cuentas» e «impugnación de los acuerdos» que aprueban la situación económica de la comunidad de bienes por entenderles. No se discute si las cuentas son correctas o no, sino que el acuerdo que aprueba la situación económica y la solución a la misma y, por tanto, por la que se asume la deuda como propia de la comunidad no ha sido adoptado con las garantías suficientes al impedírsele la información a los comuneros disidentes y no justificar los administradores de hecho las cuentas que rinden, por lo que el acuerdo es gravemente perjudicial. La llamada «incongruencia omisiva» ha sido tratada en numerosas sentencias, entre ellas, las de fechas 25 de octubre de 1994, 26 de julio de 1994, 21 de junio de 1993 y 22 de julio de 1993. No se estima que el acuerdo

aprobatorio de las cuentas fuese perjudicial para los comuneros disidentes, sin que ello implique o suponga que las cuentas fuesen o no correctas por acomodarse o no a la realidad y que concurriese o no responsabilidad en los ejecutores materiales de la voluntad comunitaria, cuyos particulares, aparte de la carencia probatoria al respecto, afectarían al tema. Así pues, las consideraciones que anteceden llevan a concluir que no cabe imputar al Tribunal *a quo* infracción alguna del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber incurrido en la incongruencia denunciada.

La acción que se ejercita en estas actuaciones tiene su base en el artículo 398.3 del Código Civil, que establece que en el supuesto de que los acuerdos adoptados en la Comunidad de Bienes por la mayoría de los partícipes fuese gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda, ni la jurisprudencia ni el legislador concretan que se debe entender por acuerdo gravemente perjudicial, concepto jurídico indeterminado que, en cualquier caso, en opinión de la doctrina más autorizada, no debe encerrar un *numerus clausus*. Intimamente ligado con la privación del derecho de información, es la impugnación de acuerdos adoptados en la misma Junta de Comunidad de Bienes y de contenido económico que también es gravemente perjudicial para todos los interesados en la cosa común, ya que al adoptarse el acuerdo por la Junta, dada su especial organización y funcionamiento sin que éstos hayan sido correspondientemente informados ni se les haya justificado la cuantiosa deuda por los administradores de la Comunidad de Bienes. La naturaleza jurídica de la relación entre la Comunidad de Bienes Hermanos Varea y sus administradores de hechos es la de mandato, la obligación principal de todo mandatario es, según el artículo 1.720 del Código Civil, la de rendir cuentas de sus operaciones, y es este precepto el que infringe la sentencia recurrida al confirmar íntegramente los razonamientos jurídicos de la sentencia de primera instancia en relación a las dos cuestiones objeto del recurso de casación, acuerdos que aprueban las cuentas y adopción de soluciones a la problemática económica de la Comunidad de Bienes, ya que la obligación de rendir cuentas exige justificar las cuentas que se rinden. Y la falta de justificación de las cuentas rendidas en la Comunidad de Bienes Hermanos Varea por sus administradores de hecho, es la base fundamental de la demanda.

IMPROCEDENTE ACCION REVOCATORIA O PAULIANA DE LA RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DECLARADA JUDICIALMENTE AL AMPARO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Sevilla, en sentencia de 8 de julio de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) en sentencia de 14 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Objeto de la litis.—Se desestima la demanda interpuesta por la actora ejercitando una acción revocatoria o pauliana frente al acto fraudulento de resolución del contrato de compraventa de una nave sita en el Polígono Industrial Calonge, al haberse obtenido dicha resolución de contrato, y como consecuen-

cia se pide la condena a la codemandada «Proveedora del Aluminio, S.A.», a restituir a la deudora —«la otra codemandada»— «Aluminio Andaluz, S.A.», dicha nave, suplicando se condene a «Proveedora de Aluminio, S.A.», a abonar una determinada cantidad.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato no sólo obliga a lo que en él se convino, sino también a las consecuencias legales y a las que, de acuerdo con su naturaleza, sean conformes a la buena fe y a la ley. Una consecuencia legal, derivada del párrafo 1.º del artículo 1.158 del Código Civil, es que un tercero pueda hacer el pago de la deuda contraída por «Aluminio Andaluz, S.A.», y ese tercero ha sido precisamente «Industrias C.H., S.L.», pero, incumpliendo la obligación derivada de la buena fe, «Proveedora del Aluminio, S.A.», ha impedido este pago no aceptando cobrar las cantidades que se le ofrecían e incumpliendo así el deber de cooperación que tenía o carga de cobrar, para lo cual se amparó en un silencio primero y en una actuación positiva después, encaminada a crear una apariencia jurídica a través del pleito resolutorio, todo ello con la complicidad de «Aluminio Andaluz, S.A.», como se demuestra en que en ningún momento se pasaran al cobro ni protestaran las letras de cambio representativas del precio y que en el acto de conciliación de fecha 21 de enero de 1991, ninguna de las demandadas informara de que estaba el pleito resolutorio en marcha o que en este pleito «Aluminio Andaluz, S.A.», no se personara, pese a tener sólidos argumentos para su defensa. Se da la existencia por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al acreedor. Se trata de demostrar la celebración por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al acreedor, lo que no es exacto, pues, es suficiente que exista coincidencia para causar el perjuicio que se cause. El problema se suscita por el requisito consistente en la celebración por el deudor de acto o contratos posteriores con ánimo o al menos conciencia, de perjudicar al acreedor. Problema éste que es resuelto en el sentido de que no se cumple tal requisito por unos argumentos que no tienen consistencia suficiente para sostener la consecuencia del incumplimiento de tal requisito. «Proveedora de Aluminio, S.A.» actuó bajo carácter abusivo, concurriendo los requisitos precisos al efecto sobre el uso de un derecho externamente legal, también daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, igualmente la antisocialidad de ese daño. En realidad, se actuó tratando de defender los derechos de la mejor forma posible, y en caso alguno, sin pretender con una conducta fraudulenta perjudicar lo acontecido.

CONTRATO DE PERMUTA. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Villarcayo, en sentencia de 2 de junio de 1995, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª) en sentencia de 27 de noviembre de 1995, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

El litigio versa sobre el cumplimiento de una obligación válidamente contraída, conocida por la esposa y no impugnada. Y es que el contrato de permuta fue firmado exclusivamente por el demandado, contra él se dirigió la demanda y sólo respecto de él se solicitó condena. La esposa, no obstante, tuvo cabal conocimiento del litigio a los efectos de la Ley y Reglamento Hi-

potecario para el caso de que afectara la sentencia a los bienes gananciales, y sólo el varón se obligó con el contrato.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato base del pleito carece de causa por no existir pleito y este requisito es indispensable porque así lo exige el artículo 1.445 del Código Civil, y como consecuencia, la sentencia acoge indebidamente el artículo 1.278 del Código Civil, que requiere para su aplicación la existencia de un contrato válido. Y es que la existencia de contrato es un hecho, como también la concurrencia de los requisitos esenciales para su validez, y los hechos incumbe fijarlos a la Sala de instancia. A ésta, igualmente, le incumbe calificar el contrato, cualquiera que sea la denominación que las partes le asignaron. En el caso de autos, la Sala declara que existió un contrato de permuta de solar por edificación, concurriendo los requisitos del artículo 1.261, así como el incumplimiento por parte del obligado a entregar la edificación, se acude a calificar el contrato de compraventa y a sostener que no medió precio y ello es caer en el error llamado «hacer supuesto de la cuestión».

TERCERIA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, en sentencia de 26 de enero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) en sentencia de 9 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

Hechos fácticos.—Los actores adquirieron porciones indivisas de cosa inmueble común, destinada a garajes, por contratos de compraventa en el que el vendedor fue la empresa «Inmobiliaria Mercedes Dos, S.A.», pero no los pudieron inscribir porque la entidad vendedora alteró unilateralmente los coeficientes. Ello determinó que se planteara un proceso contra la vendedora en solicitud de la nulidad del título modificativo y los coeficientes para así poder inscribir en el Registro las plazas de aparcamiento. De las actuaciones se desprende que los terceristas poseen las plazas adquiridas, unas por documento privado, otras por documento público, de personas que, a la sazón, tenían poder de disposición sobre las porciones indivisas transmitidas, y con título y tradición, que son medios de adquisición del dominio según el artículo 609 del Código Civil, aunque se trate de fincas que cualquiera que sea el resultado de la declaración de nulidad de las escrituras de alteración de los coeficientes en la comunidad de propietarios, es evidente que hay razón suficiente para, prescindiendo de la excepción de litispendencia que deja imprejuizada la tercera, entrar a decidir sobre el fondo, con solución estimatoria, ordenando el levantamiento de los embargos trabados en garantía de un crédito por el constructor del edificio y copropietario, como titular de las plazas de garaje, y en consecuencia casarse la sentencia.

Doctrina de la Sentencia.—Aunque la antigua jurisprudencia equiparó prácticamente a la acción reivindicatoria y la demanda de tercera de dominio, la moderna ha modulado tal criterio. Ciertamente que, en ocasiones, cuando el demandante, tercerista, no posee, y sí los demandados ejecutantes y ejecutados, y aquél demuestra su título legítimo de propiedad, la tercera produce el

mismo efecto que la reivindicación, pero cuando falle algún requisito puede también ser estimada la tercera sin que se produzca la reivindicación y puede haber supuestos en que la paralización de la ejecución sea el único y fundamental efecto, común a todos los supuestos de estimación de la acción, porque la verdadera naturaleza procesal de la acción es la de proceso incidental tendente a paralizar la acción, dejando en algunos casos para juicio declarativo posterior la determinación de los verdaderos propietarios. Incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la tercera de derecho y de mejor derecho es una consecuencia de sus distintos objetos. La primera tiende a impedir la ejecución porque el bien no es del ejecutado y el tercerista tiene interés legítimo en que así se declare; la segunda no paraliza la ejecución sino que simplemente gradúa los créditos para que una vez hecho trance y remate de los bienes en el encante, el dinero obtenido en la subasta se aplique según las preferencias establecidas. El embargo de bienes no altera la naturaleza de los créditos que dicha traba trata de asegurar, si el embargo es cautelar, o de transformar en dinero para satisfacción del crédito que originó la ejecución. No crea derecho real alguno sobre los bienes y simplemente determina que el derecho cuya satisfacción persigue el embargo tiene preferencia sobre los derechos que nazcan con posterioridad.

LOS ARTICULOS 359 Y 372 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y 1.251 Y 1.592 DEL CODIGO CIVIL. CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA. SE DESESTIMA LA RECLAMACION DE PARTE DE LO PAGADO POR EXISTIR ERROR EN LA MEDIACION FINAL, PORQUE DICHO ERROR NO HA RESULTADO ACREDITADO. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Zaragoza, en sentencia de 19 de noviembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) en sentencia de 13 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Sociedad «Contratas e Ingeniería, S.A.», en anagrama «Ceinsa» promueve juicio declarativo de menor cuantía contra la Compañía Mercantil «Excavaciones y Transportes Bero, S.A.», en anagrama «Transbero» sobre resolución del contrato de ejecución de obra y reclamación de cantidad, pretendiendo que la sentencia a dictar contuviera como pronunciamientos los de resolución del subcontrato de ejecución de obra concluido entre «Contratas e Ingeniería, S.A.», y «Excavaciones y Transportes Bero, S.L.».

Doctrina de la Sentencia.—La parte dispositiva de la sentencia debe guardar conformidad con la demanda y sus pretensiones en la forma en que aquélla se exprese y, por tanto, la sentencia en su fallo debía haber recogido la existencia y rescisión de contrato que en la demanda se solicita y se acepta de derecho, si bien la expresión de la demanda, con las consecuencias legales derivadas de esta declaración, no podía identificarse con la pretensión concreta que la sentencia desestima. En realidad, se reconoció la existencia verbal de un contrato de ejecución de obra por unidades de medida. Es cierto que la declaración sobre la resolución del subcontrato de ejecución de obra, concluido por las partes, fue objeto del primer pronunciamiento solicitado en el

suplico de la demanda, para lo cual invocaba el artículo 1.124 del Código Civil, y las consecuencias legales atribuidas a la facultad resolutoria son las que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daño y abono de intereses en ambos casos, pero fuera de esta duda, aquella facultad se encuentra condicionada al caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Se hace alusión al artículo 1.592 del Código Civil, que viene a configurar una pretensión, relativa a que en los contratos de ejecución de obra se presume aprobada y recibida la parte satisfecha, admitiendo prueba en contrario, y por consiguiente, la existencia de una comisión de un error.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—EL RETRAYANTE NO ES PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA YA QUE TIENE LA TITULARIDAD DE DOS NEGOCIOS DEDICADOS A SALAS DE FIESTAS Y HOSTELERÍA, QUE CONSTITUYEN SU ACTIVIDAD PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Navalcarnero desestimó la demanda y la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. Los documentos presentados o son fotocopias o podían haber sido presentados con la demanda en período probatorio, por lo que son inadmisibles e ineficaces, siendo solo admisibles los posteriores al día 15 de marzo de 1990 en que precluyó la posibilidad de ser presentados en segunda instancia. La sentencia impugnada se basa en que el arrendatario no es profesional de la agricultura, ya que tiene la titularidad de dos negocios, dedicados a salas de fiestas y hostelería en Navalcarnero y Barajas, con ocho personas contratadas y sin que estas actividades puedan ser conceptuadas como complementarias a la agricultura o de pequeña entidad, con relación a esta, sin que los documentos presentados basten para desvirtuar aquella conclusión. De aquí se deriva que, si el recurrente carece del derecho a retraer las fincas por ausencia de la exigencia legal de ser profesional de la agricultura, la ocultación de la venta que alega no tiene importancia ni se entiende por qué se invoca el abuso del derecho por parte de los codemandados.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SOLO EXISTE UNA SUBROGACION POR CAUSA DE MUERTE SEGUN EL ARTICULO 79 LAR Y CARECE POR TANTO LA ACTORA DEL CARACTER DE ARRENDATARIA QUE POSIBILITE DICHO DERECHO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Cofn estimó la reconvenición no existiendo el derecho de acceso a la propiedad, lo que confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. El contrato no es anterior al Código Civil y, aunque si lo es respecto a la Ley de 1935, resulta que no se ha perdido memoria del tiempo por el que se concertó que fue el de un año como consta

en el documento privado aportado por la actora, de donde se deduce que no puede pretender el acceso a la propiedad de la finca. Que la actora carece de la condición de arrendataria que justifique la posesión y disfrute de la finca arrendada por su padre político; fallecido éste en 1963 se produjo la subrogación del contrato locativo a favor de su hijo ya referido, con lo que quedó agotado el derecho de sucesión en el arrendamiento, que establece el artículo 79 LAR. Aunque no sea necesaria la pérdida de la memoria del arrendamiento, cuando el arrendatario tiene la condición de cultivador personal, esta circunstancia no se ha alegado en este litigio. Tampoco son admisibles segundas y posteriores subrogaciones por causa de muerte en el artículo 79 LAR y la existencia de una primera subrogación al fallecimiento del arrendatario en 1964 se da como hecho probado, que no ha sido combatido.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR NO ERA CULTIVADOR PERSONAL DE LA FINCA. EL HECHO DE NOTIFICAR AL ARRENDATARIO LA COMPRAVENTA NO SIGNIFICA QUE EL ARRENDADOR RECONOZCA LA REGULACION APRIORISTICA DEL CONTRATO POR LA LEY ESPECIAL.
(SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Murcia desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No triunfa la casación. El hijo y continuador del primitivo arrendatario ejerció el derecho de acceso a la propiedad, discutiendo la valoración de la finca y la condición de cultivador personal del actor. Este no reunía tal cualidad ya que era albañil, siendo la actividad agraria de carácter secundario y accesorio. En cuanto a la valoración de la finca, la prueba pericial esta sujeta a la apreciación del tribunal, según las reglas de la sana crítica y el recurrente pudo dar una versión exacta y legal en orden a la valoración de los terrenos. El detalle de notificar al arrendatario la compraventa, no significa que el arrendador reconozca la regulación apriorística del arrendamiento en cuestión por la Ley Especial, pero sí la aplicación de esta normativa peculiar depende de una valoración que ha de ser homologada judicialmente, es, meridianamente claro que en el caso de la compraventa no tiene más remedio que hacerse la notificación pertinente al arrendatario para su posible acceso al Registro de la Propiedad conforme ordena el artículo 91.1 de la Ley especial sin que el hecho de la valoración, incrementada por el paso del tiempo y la variación de las circunstancias socio-urbanísticas de la zona de enclave de las fincas, suponga nada en contra de la exclusión *a posteriori* desde la iniciación del contrato, de la regulación de la Ley de Arrendamientos Rústicos, como lo demuestra inequívocamente la redacción del artículo 7.2 en relación con el 83.2 de la Ley de 31 de diciembre de 1980.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA CONSIGNACION SE HIZO FUERA DE PLAZO Y ANTE UN ORGANO JURISDICCIONAL QUE YA NO ERA COMPETENTE POR RAZON DEL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO.
(SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Murcia desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se da la casación. El Juzgado dio por desistido al actor de la reclamación, pero interpuso recurso de apelación que no prosperó. La cuestión que se plantea es la infracción del artículo 136 LAR según el cual los plazos de renta que vencen durante la sustanciación del pleito deben ser consignados bajo pena de tener por desistido del recurso al arrendatario. Esta norma, específica de los arrendamientos rústicos, es preferente al artículo 1566 LEC y no debe olvidarse que la consignación, para lograr valor liberatorio ha de ser puntualmente realizada en tiempo y forma, salvo los casos de retracto. Pero esta excepción no puede extenderse al acceso a la propiedad aunque ambos se regulan en el capítulo IX de la Ley, puesto que en los supuestos del artículo 98 y la Disposición Transitoria 3.^a no se dan las circunstancias tenidas en cuenta por la jurisprudencia para fundar aquella exclusión, porque la garantía que implica está cumplida por la consignación del precio que ha de realizar el retrayente, y sería odioso ampliarla a otros supuestos. Los preceptos de la Ley no resultan infringidos por el auto recurrido, porque el día final del plazo para el pago de la renta ni había realizado el pago ni consignado su importe, siendo extemporánea la consignación realizada nueve meses después, cuando el Juzgado carecía de jurisdicción por razón del recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Constitucional entiende que la consignación es una exigencia sustantiva y esencial para los recursos de este tipo de procesos. Siendo la prueba del pago o consignación un requisito formal ha de considerarse subsanable su omisión y ha de arbitrarse un plazo a tal efecto como preve con carácter general el artículo 11.3 LOPJ. El Juzgado debió conceder al actor un plazo para subsanar la falta de prueba del pago o consignación pero ello no puede conducir a la nulidad de actuaciones, acreditado como está por los actos propios del demandante que en el momento de la demanda no solo no estaba pagada o consignada la renta de la anualidad que acababa de vencer sino también las de las dos anualidades anteriores pues no se produjo la consignación hasta la fecha indicada, después de recaída la resolución, teniendo al demandante por decaído en su reclamación.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA CAUSA DE LA RESOLUCION HA DE EXISTIR AL TIEMPO DE INTERPONERSE LA DEMANDA AUNQUE SE RECTIFIQUE DESPUES, HACIENDOLA DESAPARECER. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 18 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No procede la casación. La Comunidad de Propietarios solicitó la resolución del arrendamiento por realizarse en el local actividades incómodas. El contrato autorizó al arrendatario a desarrollar la actividad de «Pub» siempre que se respetasen las Leyes y Ordenanzas Municipales, pero las actuaciones evidencian una actividad notoriamente incómoda y molesta para los ocupantes del inmueble, acreditativa de que los ruidos transmitidos por el funcionamiento del equipo de música superaban los autorizados por la Ordenanza general de Protección del Medio Ambiente y los ruidos venían de forma continuada desde la concesión de la licencia de apertura hasta la interposición de la demanda, sin que el hecho de que se hayan subsanado posteriormente,

pueda enervar la viabilidad de la acción ejercitada ya que la sentencia de 24 de mayo de 1951 dice que no es necesario que la causa productora de la resolución exista en el instante del ejercicio de la acción siendo suficiente el que se haya producido, pues no es posible admitir pactos limitativos del ejercicio de las acciones no establecidos expresamente por las Leyes y porque de mantenerse tal tesis, fácil sería eludir los efectos de las causas resolutorias de los arrendamientos, burlando los derechos del arrendador. En el mismo sentido la sentencia de 26 de junio de 1965 dice que si se diera la posibilidad de rectificar la infracción legal determinante de la causa de resolución, evitando así la sanción del acto antijurídico, la previsión legislativa resultaría inútil ante toda clase de abusos. Por otra parte el concepto de actividad molesta es cuestión de puro hecho, cuya apreciación compete a la Sala de instancia.

ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA COMPENSACION POR EL ARRENDATARIO AL PAGO DE LAS OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDADOR, REGULADA POR EL ARTICULO 108.1. LAU SOLO ES APLICABLE A LOS CONTRATOS REALIZADOS POR EL ARRENDADOR ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Vitoria estimó la demanda y rechazó la reconvencción y la Audiencia modificó la anterior, condenando al actor a la entrega de las llaves a los arrendatarios.

Triunfa la casación. La verdadera cuestión a decidir es si es o no aplicable el artículo 108 LAU a los arrendamientos de local de negocio, suscritos con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 4.104/1964 de 24 de diciembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la LAU. Los contratos, posteriores a dicha fecha, fueron objeto de una inspección del Servicio Técnico del Instituto Municipal de Sanidad y Consumo del Ayuntamiento de Vitoria, el cual ordenó al propietario la obligación de realizar obras de adecuación a las Ordenanzas Municipales para el Comercio de Minoristas. Es de analizar si las reparaciones son a cargo del arrendador o si los arrendatarios deben satisfacer la compensación parcial fijada en el artículo 108. La Audiencia entendió que la palabra «todos» se refiere tanto a los anteriores como a los posteriores a la LAU de 1964 diciendo que el artículo 108 hay que adaptarlo a la realidad social y debe soslayar toda regresión a estados jurídicos anteriores. Pero el recurrente alega que lo que debe regir es el artículo 107, conforme al cual todas las reparaciones necesarias para conservar la vivienda o local en estado de servir para el uso pactado serán a cargo del arrendador. Este deber tiene la compensación establecida en el artículo 108, pero estos preceptos deben entenderse solamente aplicables a los contratos relacionados en el artículo 95, pues así lo dice claramente el texto del artículo 108 y ese artículo se refiere a las viviendas y locales cuyo arrendamiento subsista el día que comenzó a regir la Ley de 1964. Siendo a partir de la ley de esta fecha, según su artículo 97, libre la determinación de las rentas de viviendas y locales, en modo alguno le son aplicables unas normas que tienen por fin corregir rentas no pactadas libremente. La palabra «todos» no comprende los contratos posteriores a la Ley de 1964 y en consecuencia están mal interpretados los preceptos indicados y, aplicado indebidamente el artículo 108 LAU, así como infringido por inaplicación el artículo 107 de la misma Ley.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE EXTINGUE POR TRANSCURSO DEL PLAZO PACTADO EL ARRENDAMIENTO SUJETO AL REGIMEN DEL RDL 2/1985 DE 30 DE ABRIL. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la anterior.

No procede la casación. La Audiencia declaró resuelto el contrato por extinción del plazo contractual, estando sometido al régimen del RDL 2/1985 de 30 de abril y se condena a la arrendataria a indemnizar a la arrendadora en la cuantía que se fija. Es reiterada la doctrina jurisprudencial recaída en aplicación del artículo 9 del RDL de 1985 que determina la existencia de dos clases de arrendamiento: los anteriores a esta norma, sujetos a prórroga forzosa y los posteriores, a los que será aplicable la tácita reconducción del artículo 1.566 Código Civil a no ser que los contratantes hubiesen convenido el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, haciendo uso de la libertad de pacto. Pactado un plazo de tres años sin que se hiciese mención alguna a la prórroga forzosa del mismo sino que se prorrogaría por acuerdo de las partes, acuerdo que no ha existido. Tampoco existe abuso de derecho, ya que la recurrida hizo uso de un derecho reconocido por el ordenamiento judicial y plasmado en el contrato suscrito entre las partes, como es el de resolver el contrato y no proceder a su prórroga, al no aceptar la otra parte sus pretensiones económicas que no pueden calificarse de abusivas, en una situación de mercado libre como es el de alquiler de locales de negocio.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—EL PAGO DE LAS OBRAS PARA ADECUAR EL LOCAL AL DESTINO PARA EL QUE FUE ARRENDADO CORRESPONDE A LA ARRENDADORA CONFORME AL ARTICULO 110 LAU. (SENTENCIA 24 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 3 de Gijón desestimó la demanda pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. Se arrendó el local a unos señores, que después constituyeron una sociedad limitada, que se subrogó en los derechos y obligaciones en virtud de la autorización que al respecto se consignaba en prevención de tal evento. Se requirió al titular de la pescadería instalada en el local para que efectuase obras de insonorización, requerimiento reiterado después con apertura de expediente sancionador por incumplimiento del primer requerimiento, trasladándolo la arrendataria a la propiedad para que se hiciera cargo de los trabajos pertinentes, pero la arrendadora contestó negándose en absoluto a su realización. La demandante reclamó el reembolso de las cantidades satisfechas para las obras por la arrendataria, pero la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, lo que fue revocado en apelación. La autorización a la arrendataria para realizar obras de reparación y mejora no puede implicar la constitución de una obligación para el arrendatario para que apenas iniciado el contrato tenga, a su costa que poner en adecuada forma el local para que sirva a los fines de explotación del negocio para el que fue arrendado, siendo así que era obligación principal exigible al arrendador, por lo que cabe deducir que el local tal como se arrendó no reunía las condiciones idóneas para el negocio, por lo que, conforme al artículo 110 LAU incumbe su realización a la arrendadora. Por ello no puede darse por infrin-

gida la normativa por la sentencia recurrida, aun cuando la considerase inaplicable por creer que era arrendamiento de industria y aplicable el artículo 1554 del Código Civil, ya que en definitiva nos lleva a la misma conclusión.

TRASPASO.—EN EL CONTRATO SE AUTORIZABA EL TRASPASO PERO NO OTRA FORMA DE CESION O DE SUBARRIENDO. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Córdoba desestimó la demanda pero la Audiencia revocó la anterior.

No se da la casación. Del contrato se desprende que el arrendatario está facultado para traspasar el local, pues, después de autorizar una obra, se expresa que se ha de volver al estado actual si dejare de ser arrendatario o poseedor de solo uno de ambos locales comunicados o traspasase cada uno de estos a distinto adquirente «y además el traspaso no deja de ser un derecho reconocido por la LAU a los arrendatarios y para que su renuncia surta efecto ha de ser clara y terminante. La prohibición de cesión y subarriendo contenida en la cláusula cuarta se hallaba contradicha por la cláusula cuarta de la adición, pues si de la primera podía deducirse una rotunda prohibición de la cesión, en cambio en la segunda se contemplaba la posibilidad de traspaso del local, lo cual no es incompatible, ya que se autoriza el traspaso pero no el subarriendo ni otra clase de cesión. Conclusión esta que no puede ser motejada de ilógica ni de contraria a la ley, por lo que debe ser respetada en vía casacional. No aparece la renuncia en forma clara, como exige la jurisprudencia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS QUE HAN DE ENTENDERSE AUTORIZADAS SON LAS NECESARIAS PARA LA INSTALACION, ADAPTACION O ACONDICIONAMIENTO DEL LOCAL ARRENDADO Y REFERIDA AL TIEMPO DE PUESTA EN MARCHA DEL NEGOCIO, SIN QUE PUEDA ESTIMARSE INDEFINIDA TAL AUTORIZACION. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Vitoria estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. La sentencia parte de la conformidad de los litigantes en que el demandado llevó a cabo dentro del local obras que entrañan modificaciones de la configuración precedente de la dependencia arrendada, por lo que entiende que las alegaciones de la parte apelante que cuestionan la entidad de las obras realizadas constituyen motivo de oposición introducida en el proceso con ocasión de la vista del recurso de apelación, lo que es inadmisibles ya que en segunda instancia no cabe examinar ni decidir otras ni mas cuestiones de hecho o derecho que las que se plantean ante el Juzgado *a quo*. En primera instancia no se cuestionaron ni la realización ni la trascendencia de las mismas en orden a si alteran o no la configuración del local, alegando que la cuestión debatida era de interpretación del contrato de arrendamiento que en su cláusula 11.ª autorizaba al arrendatario a hacer obras. Estas obras alteran la configuración ya que en la fachada se cambió la situación de la puerta y de las ventanas sitas en ella. Las obras que han de

entenderse autorizadas son las necesarias para la instalación, adaptación o acondicionamiento del local arrendado para servir al destino pactado y referida la autorización al tiempo de puesta en marcha del negocio, sin que pueda estimarse indefinida la facultad del arrendatario de establecer o introducir en el local cambios que afecten a la configuración del mismo sin autorización del dueño. Así han de entenderse las cláusulas 5.ª y 11.ª del contrato es decir las obras autorizadas son las referidas a las obras de adaptación del local de negocio para el que se arrendó, sin que pueda alcanzar a las realizadas quince años después.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE SUBARRIENDO SINO QUE LOS INDICIOS PROBATORIOS SON DE QUE SE TRATA DE UN VERDADERO ARRENDAMIENTO SIMULADO COMO SUBARRIENDO. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1995.)

El Juzgado número 46 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Se opone al contrato verbal cuya resolución se discute un contrato de arriendo anterior, pero el objeto de este litigio no es probar la existencia de un arriendo anterior y, sin más, por ello, considerar que cualquier ocupación del local lo sea a título de subarriendo. Cabe perfectamente, o bien que ese contrato anterior nunca entrará en vigor o bien que se haya simulado un arrendamiento con persona interpuesta para precarizar el arrendamiento verdadero so capa de subarriendo nunca acreditado, dada su forma verbal aunque los indicios probatorios coincidan en que se trata de un verdadero arrendamiento. El subarriendo ha sido objeto de especial cautela, en orden a su calificación por haber sido frecuente medio empleado para simular verdadero arrendamiento y eludir la prórroga forzosa del artículo 57 LAU. El recurrente soslaya el hecho de que la propietaria del local y la legal representante de la sociedad arrendataria-subarrendadora, sean la misma persona indicio que, junto con otros, determinó el resultado de la prueba.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL DESEO DE TRASPASAR EL LOCAL NO JUSTIFICA EL CIERRE DEL MISMO MAS DE SEIS MESES AL AÑO SIN QUE HAYA CAUSA JUSTA PARA LA INACTIVIDAD NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Sant Boi estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. No existe indefensión ya que del vicio procesal alegado se sirvieron ambas partes, sin protesta alguna. La sentencia estimatoria se basa en que el local estuvo cerrado más de seis meses en el año y ningún documento obrante en autos permite por su sola lectura, sin inferencia ni deducciones, desvirtuar tal afirmación. Se alega que el cierre tenía una causa justa por querer traspasarlo, pero este deseo no justifica en modo alguno la inactividad negocial. Tampoco puede considerarse abusivo el ejercicio de la acción so pretexto de las negociaciones del traspaso del local, a las que en modo alguno se oponían los arrendadores, pero que tampoco son causa justificada de cierre.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

TESTAMENTO. NULIDAD. FIRMA DEL TESTADOR. ARTICULOS 687 Y 695 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1999.)

La declaración notarial de que la testadora no sabe firmar equivale a la imposibilidad de hacerlo en ese momento concreto.

La testadora, que había firmado un testamento notarial abierto en el año 1946 y cuya firma constaba en su DNI y en su pasaporte, otorgó otro testamento notarial abierto en fecha 14 de diciembre de 1989, en el que el Notario hace constar que «firman los testigos citados, haciéndolo el primero de éstos, además de por sí, a ruego de la testadora, que dice no saber hacerlo, pero estampa la huella digital del índice de su mano derecha».

La parte actora y apelante mantiene que la testadora sabía firmar, como lo demuestra el testamento por ella otorgado en el año 1946, en el que aparece su firma, que igualmente aparece en su DNI y en el pasaporte; y que la manifestación falaz de la testadora, relativa a no firmar por no saber hacerlo, lejos de carecer de importancia, supone un vicio del instrumento que provoca su nulidad, saliendo al paso de la declaración de la Audiencia, según la cual «la manifestación que consta en el testamento de haber dicho la testadora no saber firmar, no tiene la importancia que pretenden darle los demandantes, pues las firmas que figuran en el DNI y en el pasaporte en 1973 y 1974, ya ponían de relieve las dificultades que la misma tenía quince años antes para firmar, y piénsese lo que sucedería en el año 1989 en que ya tenía una edad muy avanzada y padecía de arterioesclerosis, por lo que, lógicamente, ya no sabría firmar».

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 por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 8 de Vigo, conforme a los siguientes fundamentos de derecho.

La infracción denunciada en el motivo del recurso, por errónea interpretación, es la del artículo 695 del Código Civil, en relación con el 687 del mismo texto legal, y su desarrollo argumental cabe resumirle del modo siguiente: Al no practicarse la testifical del Notario y al no poderse identificar por los peritos dactilógrafos la huella que obra en el testamento unido al protocolo del fedatario, en cuanto al dato del conocimiento por éste de la testadora y de la no acreditación de aquella suplantación, debemos manifestar plena y total adecuación jurídica en la conclusión que se contiene en la sentencia recurrida y en la del Juzgado de Primera Instancia. Distinta postura es de tomar en relación con la manifestación falaz de la testadora relativa a no firmar por no saber hacerlo, pues lejos de carecer de importancia, supone un vicio del instrumento que provoca su nulidad. En la sentencia recurrida, respecto al problema de la firma se expresa: «...tal como dice el Juzgador *a quo*, la manifestación que consta en el testamento de haber dicho la testadora no saber firmar, no tiene la importancia que pretenden darle los demandantes, pues las firmas que figuran en el Documento Nacional de Identidad y en el

Pasaporte, en 1973 y 1974, ya ponían de relieve las dificultades que la misma tenía quince años antes para firmar, y piénsese lo que sucedería en el año 1989, en que ya tenía una edad muy avanzada y padecía de arterioesclerosis, por lo que, lógicamente, ya no sabía firmar». Es evidente que del hecho de que una persona tenga dificultades para firmar o escribir en el año 1974, no puede, cabal ni jurídicamente tampoco, deducirse que quince años después y padeciendo una arterioesclerosis generalizada, ya no va a saber hacerlo, máxime cuando se afirma su plena capacidad jurídica y mental. Tal vez, la avanzada edad de la testadora y su padecimiento físico pudiera causarle una imposibilidad de suscribir el documento, pero jamás puede llevarle, o al menos tal dato no se ha acreditado por quien defendía la validez del otorgamiento a olvidarse de cómo hacerlo. En otras palabras, una cosa es manifestar que no firma porque no puede, y diametralmente diversa aseverar que no lo hace porque no sabe. Es cierto que la testadora padecía arterioesclerosis, y también lo es que en 1974 y 1973 firmaba, como consta en el Documento Nacional de Identidad y en el Pasaporte, pero es que figura unido a los autos un documento a considerar auténtico y que, fechado el 8 de noviembre de 1982, contiene una firma de la testadora: la renovación del Documento Nacional de Identidad. A la vista del precitado documento se puede afirmar que las dificultades que tenía la testadora para escribir en 1974, habían aumentado en noviembre de 1982, e, igualmente, que desde la última firma hasta el día del otorgamiento no se computan quince años, sino escasamente siete, siendo de insistir en que una cosa es tener dificultades para firmar e, incluso, no poder hacerlo, y otra muy distinta no saber con o sin dificultades. Como paradigma de la doctrina jurisprudencial es de citar la sentencia de 4 de enero de 1952, que sienta la doctrina general de que la firma del testigo instrumental en lugar del testador, dando fe de ello el Notario, «...no puede tener lugar eficazmente más que en el caso de que éste no pueda o no sepa firmar, por donde si se acredita que la manifestación, en virtud de la cual firmó el testigo es inexacta, la falta de la firma del testador sabiendo éste firmar, supone el quebrantamiento de una formalidad legal tan esencial como la suscripción del documento por aquél que lo otorgó...», y semejante doctrina ha sido objeto de ratificación por las sentencias de 10 de noviembre de 1973 y 31 de enero de 1964, afirmándose en las sentencias de 19 de junio de 1968; 6 de febrero de 1969, y 8 de marzo de 1975, que: «...el incumplimiento de los requisitos formales provocaría la nulidad del testamento, aún cuando no pudiera dudarse racionalmente que el mismo reflejaba con fidelidad la voluntad del testador».

Ciertamente, como prescribe el artículo 687, la nulidad de las disposiciones testamentarias es una sanción aparejada al hecho de que no se hubiesen observado las formalidades establecidas para las distintas modalidades de los testamentos, cuyo cumplimiento es absolutamente necesario y, ciertamente, también, que conforme a constante jurisprudencia, constituida, entre otras, por las sentencias reseñadas en el motivo del recurso, si el testador manifiesta no saber firmar y su aserto es mendaz, el testamento quedará viciado de nulidad, de aquí que la realidad de semejante falsedad se encuentra condicionada al resultado probatorio, lo cual, como se desprende de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, no ha quedado acreditado.

Verdaderamente, aunque no se expresa de manera explícita por la parte recurrente, lo que viene a pretender es atacar la conclusión a que llegó la sentencia recurrida, cual si fuese irracional e ilógico el juicio de valor de que debido a que las firmas estampadas en el Documento Nacional de Iden-

tidad y Pasaporte, en 1973 y 1974, «ya ponían de relieve las dificultades que la testadora tenía quince años antes para firmar, y a que en 1989, en que ya tenía una edad muy avanzada y padecía de arteriosclerosis, lógicamente, ya no sabía firmar», pero ello se hace a base de conjeturas, desprovistas de cualquier presupuesto probatorio, en cuanto que alega que desde la fecha de la renovación del Documento Nacional de Identidad, 8 de noviembre de 1982, no se computan quince años, sino siete, pero tal reflexión es absolutamente irrelevante, especialmente cuando, como se decía, no tiene apoyo en elemento de prueba alguno, pero es que, además, a la inexactitud en que incurrió el Notario no cabe concederle un sentido o valor absoluto, tan solo relativo, pues es de atender, a juicio de esta Sala, que cuando aquél manifestó que la testadora no sabía firmar se refería, indudablemente, a la imposibilidad de saber hacerlo en ese momento concreto, con lo cual no se vino a conculcar la formalidad recogida en el artículo 695 del Código Civil, por lo que, en definitiva, las manifestaciones vertidas en la sentencia recurrida no pueden tacharse de irreales e ilógicas, y de aquí no cabe sino concluir que el motivo carece de total fundamento y no puede atribuirse al Tribunal *a quo* infracción alguna en torno a los artículos 687 y 695 del Código Civil, ni, tampoco, desconocimiento de la doctrina jurisprudencial reseñada en el motivo, y esto así, conduce a entender claudicado el único motivo del recurso de que tratamos, lo que origina, consecuentemente, en virtud de lo dispuesto en el ritualario artículo 1.715.3, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de costas a la parte recurrente, y la pérdida del depósito constituido.

COMENTARIO

Esta sentencia continúa la línea consistente en la dulcificación de los requisitos formales del testamento, con una interpretación laxa de los mismos, frente al rígido formalismo que había caracterizado la etapa anterior. En este orden de cosas, el propio Tribunal Supremo ya había declarado que si el Notario hace constar que a ruego del testador, por no poder firmar, firma un testigo en su nombre, hay que atribuir a aquél la manifestación de que no pudo firmar (sentencia de 1 de febrero de 1907, y que consignándose en el testamento que firmaron todos los presentes menos la testadora, por impedírselo su enfermedad, no es nulo el testamento porque el Notario no determine cuál de los testigos firma en nombre de la testadora, ni por no dar fe especial del cumplimiento de este requisito (sentencia de 11 de febrero de 1929). De esta línea se separó la sentencia de 4 de enero de 1952, al mantener la nulidad del testamento en el que firmó un testigo por el testador, quien había declarado no saber, siendo así que resultó probado que sabía firmar. Se trataba de un caso en que tal manifestación de no saber firmar fue hecha intencionada y falazmente por el testador para evitar la evidente presión de quienes le rodeaban y atendían en su enfermedad (por cierto, no demasiado bien) y procurarse así la nulidad del testamento. Esta sentencia mereció en su momento juicio desfavorable, pues la ley no exige la firma del testador en cuanto sepa, sino en cuanto no manifieste no saber o no poder firmar y el testamento se podía haber anulado por vicio de la voluntad, sin necesidad de acudir al defecto formal. La sentencia de 16 de febrero de 1956 mantiene, en cambio, la buena doctrina en este punto, que encuentra mayor punto de apoyo a raíz de la modificación del artículo 695 por

la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, al suprimir la expresión «...dando fe de ello el Notario». Esto es, el Notario no tiene ya que dar fe especialmente de que el testador no sabe o no puede firmar, sino sencillamente consignar lo que manifiesta el testador. Ello tiene gran trascendencia, pues así como antes esa declaración imponía al Notario la carga de asegurarse de la veracidad de la manifestación del testador, so pena de arriesgarse a la posible nulidad del testamento, a partir de la reforma el Notario cumple consignando que firma por el testador y a su ruego el testigo «X» por declarar el testador bien que no sabe o bien que no puede firmar.

DONACION INOFICIOSA. ACCION DE REDUCCION. ARTICULOS 646 Y 654 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1999.)

El plazo para el ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad de donaciones es de cinco años.

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 por infracción de ley interpuesto por los actores y apelantes contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Llerena, conforme a los siguientes fundamentos.

El motivo segundo (el primero no superó la fase de admisión), al amparo del artículo 1.692.3.º LEC, acusa a la sentencia recurrida de incongruencia, pues rechaza la excepción propuesta por la parte demandada y hoy recurrida, de prescripción de la acción ejercitada por la parte actora y hoy recurrente, al entender que la acción de reducción de las donaciones inoficiosas es de caducidad.

El motivo se desestima porque, sin necesidad de mayores profundidades, la parte demandada apuntó en su contestación a la demanda (fundamento de derecho 1.º de la de don V. R. D.), que podría tratarse del instituto jurídico de la caducidad, en cuyo caso sería apreciable de oficio por el juzgador, precaución sensata ante la oscuridad legal sobre la acción de reducción de donaciones inoficiosas en cuanto a su naturaleza, plazos y efectos. Por tanto, la controversia quedó planteada en este juicio de menor cuantía, incluyendo en ella la posibilidad de que la acción tuviese plazo de caducidad.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, alega aplicación indebida de los artículos 636, 654 a 656 y 819 a 822 del Código Civil. En su fundamentación se combate la sentencia recurrida por considerar que el plazo de ejercicio de la acción no es el de quince años sino el de cuatro, conclusión a la que llega utilizando la sentencia de 12 de julio de 1984, siendo así que esa consideración no era ni siquiera el fundamento del fallo utilizado, sino incidental, por lo que no constituye doctrina jurisprudencial. Utilizando argumentaciones del sector doctrinal que ha opinado que el plazo de ejercicio de la acción de reducción debe ser el general de quince años, por aplicación del artículo 1.964 *in fine* del Código Civil, se afirma que dicho plazo debió ser aplicado.

El motivo tiene como único tema el del plazo de ejercicio de la acción, y parece no haberse leído bien la sentencia que se recurre, pues la misma no se limita a la aplicación mecánica de la sentencia de 12 de julio de 1984, sino que la toma como punto de partida para razonar sobre cuál debe ser aquel

plazo. También es un tanto extravagante, pues no se adivina, ni en él se dice nada al respecto, qué tienen que ver con la cuestión que trata los artículos 819 a 822 del Código Civil.

El problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción tiene solución dentro de la regulación legal de las donaciones, atendiendo a la letra del párrafo 2.º del artículo 654, según la cual «para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo...».

Por tanto, es en las normas contenidas en los artículos 644 a 656 donde se deben remediar las lagunas e insuficiencias de la acción de reducción, y para ello ha de utilizarse necesariamente el procedimiento analógico (art. 4.º-1 del Código Civil).

El supuesto de hecho del artículo 654 no guarda afinidad, obviamente, ni con la revocación de las donaciones por ingratitud ni por incumplimiento de cargas impuestas al donatario, sino con la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos. En éste, el artículo 644 faculta al donante para revocar la donación para favorecer al hijo o descendientes. En aquél, se favorece al legitimario que por causas que puedan perfectamente sobrevenir a la donación, la misma le perjudica.

La sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1984, abordó el problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, pero sus consideraciones no pasan de ser *obiter dicta* al rechazar el recurso de casación contra una sentencia que había desestimado aquélla por haber transcurrido el plazo de quince años (art. 1.964). La Sala desestimó el recurso porque alegaba únicamente como motivo la infracción del artículo 1.965 del Código Civil. Argumentó para ello una serie de razonamientos que, a la vista del planteamiento del recurso, pueden ser algunos meros *obiter dicta*. Entre ellos se encuentra, indudablemente, su opinión sobre el plazo de ejercicio de la acción, sobre el que dijo: «B) El plazo para la prescripción de la acción, ciertamente ejercitada, no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce, apoyándose en la generalidad del mismo, según los términos del artículo 1.964 ("las personales que no tengan señalado término especial de prescripción"), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652 o acaso mejor el de cuatro años del 1.929, y más próximamente aún el de cinco años del 646, que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón por lo que procedería su aplicación analógica (número uno del artículo cuarto del Código Civil); tesis, esta última, que reforzaría el fundamento desestimatorio por hacer ya incuestionable, a todas luces, el efecto de la prescripción». En suma, se mostró entonces una predilección por el de cinco años, que ahora se confirma como *ratio decidendi* de esta sentencia.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, se fundamenta en que la sentencia recurrida infringe la doctrina sobre el valor de la jurisprudencia, pues la sentencia de 12 de julio de 1984 es única, ni resuelve el tema de la inoficiosidad (art. 1.6.º del Código Civil).

El motivo se desestima. Como se ha dicho al desestimar el motivo anterior, la Audiencia no ha aplicado la citada sentencia por ser doctrina jurisprudencial. Por otra parte, no habría ningún obstáculo legal para que acogiese como criterio sobre la interpretación de una norma el sustentado por una única sentencia; el que no constituya doctrina jurisprudencial no significa que sean inexistentes jurídicamente sus razonamientos.

El motivo quinto, al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, acusa a la sentencia recurrida de haber calificado el plazo para el ejercicio de la acción de reducción de caducidad, cuando es prescripción, alegando al efecto algunas opiniones doctrinales que sobre la diferencia entre ambas instituciones jurídicas se han manifestado, y las razones que, a juicio del recurrente, le llevan a sostener tal tesis.

El motivo se desestima. De acuerdo con lo que hasta ahora se lleva dicho, la acción debe regirse por su analogía con la de revocación de donaciones por supervivencia o supervenencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio, que es de caducidad. La doctrina de esta Sala es la de que la misma es predicable de «los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica», incluyendo la revocación de las donaciones en los supuestos ejemplificativos que enumera (sentencias de 11 de mayo de 1966, 25 de mayo de 1976, 28 de enero de 1983 y 10 de noviembre de 1994). Con la reducción se pretende dejar sin efecto, desde la muerte del causante, en todo o en parte, una donación que ha devenido inoficiosa, en otros términos, una alteración de una situación jurídica actual, que por motivos de seguridad del tráfico no interesa dejarla en una provisionalidad larga, sino en que aquélla, o la nueva situación, queda consolidada e inatacable. No lo consigue la prescripción, susceptible de interrupciones ilimitadas temporalmente.

El motivo sexto, al amparo del artículo 1.692 LEC, aduce infracción de la doctrina en cuanto a que la aplicación de la prescripción debe hacerse de una forma restrictiva. En su apoyo cita sentencias de esta Sala que así lo han afirmado, y alega que la acción ejercitada en este pleito no puede decirse que haya estado abandonada, dado los que le han antecedido sobre la cuestión.

El motivo se desestima como consecuencia necesaria de la de los anteriores, pues su presupuesto básico es textualmente: «Demostrado que es plazo de prescripción y no de caducidad...»

La desestimación de los motivos del recurso lleva consigo su desestimación y la confirmación del fallo de la sentencia recurrida, desestimatoria de la demanda como el de la primera instancia que se apeló, aunque por las razones consignadas en el fundamento jurídico segundo de esta Sala que así condena en costas a los recurrentes (arts. 1.715.3.º LEC).

COMENTARIO

Frente a la tesis de que el plazo para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas es un caso de prescripción, el Tribunal Supremo entiende que estamos ante un supuesto de caducidad porque tal acción debe regirse por su analogía por la norma de revocación de donaciones por supervivencia o supervenencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio, que es de caducidad.

El Tribunal Supremo, por tanto, hace uso de la analogía existente a su juicio entre la *reducción* de donaciones inoficiosas (art. 654) y la de *revocación* de donaciones por supervenencia o supervivencia de hijos o descendientes (arts. 644 a 646), con la consecuencia de que el plazo para el ejercicio de aquella acción es el mismo que el de esta última, esto es, cinco años (art. 646). Pudiera, no obstante, entenderse un tanto forzada esa analogía, por las siguientes razones, entre otras:

1. La analogía requiere que exista idéntica *ratio*, pues, como dice magistralmente el profesor don Federico de Castro, la analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de la semejanza. Esta *ratio* parece que no existe, contra lo que entiende el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, porque

2. La revocación del artículo 644 descansa en el acaecimiento de un simple hecho («mero hecho», dice textualmente), con independencia de que provoque o no un error del causante y siendo indiferente el valor de lo donado, esto es, sin exigir que tal donación perjudique las legítimas. Y se revoca toda la donación, no sólo parte ni, mucho menos, se aporta su valor. Sin que obste a ello el que la acción se transmita por muerte del donante a los hijos y sus descendientes. Esta transmisión no es suficiente para entender que la revocación aludida es un instituto protector de las legítimas, puesto que no pueden ejercitarla los demás legitimarios (ascendientes y cónyuge).

3. La reducción del artículo 654 es un instituto protector de las legítimas, como se reconoce unánimemente y responde a su origen y evolución histórica (que no es del caso reseñar). Y se da a favor de todos los legitimarios, no sólo de los descendientes, conforme a los artículos 636 y 817, refiriéndose tanto las donaciones hechas a los propios legitimarios como a quienes no lo son, a diferencia de la revocación del artículo 644. Su fundamento está clarísimamente en la protección de las legítimas (de todas), según las leyes 1.^a y última del libro 3, título 39 del *Codex de inoficiosis donationibus*, conociéndose también la inoficiosidad de la dote como manifestación concreta.

4. Se advierte como el supuesto de hecho de ambos institutos es diverso, e incluso podría decirse que opuesto: el artículo 644 parte del supuesto de que el donante no tenga hijos ni descendientes o, al menos, así lo crea, caso de error; mientras que tal circunstancia es irrelevante en el caso de reducción por inoficiosidad.

5. Aunque nuestro Código no sea un Código técnico, cierto es que el artículo 646 emplea el término «prescribe». Y de acuerdo con el fundamento protector de las legítimas, la acción del artículo 654 parece que debe ser la misma que la de la acción de todo legitimario, acción de tipo personal, con quince años de duración.

6. Finalmente, la acción de reducción se transmite a los herederos y causahabientes del legitimario (art. 655), sin que el precepto excluya a los herederos voluntarios (sentencias de 11 de octubre de 1943 y 19 de enero de 1950) e incluso hay quienes opinan (ROCA, LACRUZ) que pueden ejercitar la acción los acreedores del difunto, por vía de subrogación, cuando el legitimario-heredero no aceptó a beneficio de inventario; mientras que los legitimados para ejercitar la acción de revocación son el propio donante y sus descendientes.

PARTICION EFECTUADA POR CONTADOR PARTIDOR. MENORES DE EDAD. LEGATARIOS DE PARTE ALICUOTA. ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

La falta de citación al inventario de los representantes de los legatarios de parte alcuota, menores de edad, es causa de anulabilidad.

Los legatarios de parte alcuota deben considerarse herederos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo declara no haber lugar al recurso de casa-

ción por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de Bilbao.

La demanda solicitando la nulidad de la partición se funda en haber dispuesto la viuda del causante de acciones por valor de 460.000 francos suizos y de un depósito en metálico por importe de 74.195,50 francos suizos, depositados ambos en un Banco de Suiza, sin incluirlos en el haber partible, como tampoco se incluyó un panteón y un apartamento y en haber practicado el contador partidador la partición sin llevar a cabo la citación de los coherederos, acreedores y legatarios como ordenaba el artículo 1.057 del Código Civil para el caso, como el presente, de concurrir a la herencia menores de edad.

El Juzgado entendió que la omisión fue dolosa y que el dolo excluía aplicar el principio *favor partitionis*, desechando que pudiera practicarse otra partición complementaria de la anterior que declara nula, restableciendo la situación de indivisión de la herencia. La Audiencia confirmó la sentencia, aunque descartó la existencia de dolo por entender que el incumplimiento del artículo 1.057 constituye razón suficiente para la anulación de la partición.

Los recurrentes pretenden que debe mantenerse la partición efectuando otra complementaria, pues el artículo 1.057 no es aplicable al caso, ya que el inventario no tiene fines particionales sino preventivos, por lo que su falta no genera la nulidad de la partición y aun exigido el inventario, sería preciso que los menores fuesen herederos forzosos y no lo son los de este litigio, pues uno es legatario de cosa determinada y los demás son legatarios de parte alícuota.

El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta el desmenuzado análisis que los recurrentes efectúan del artículo 3.1 del Código Civil para fundamentar la inaplicación, según ellos, del artículo 1.057, recuerda los sucesivos textos legales de este último precepto para partir del aplicable.

El primer texto vigente desde la promulgación del Código hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en su párrafo primero reconocía la facultad del testador para encomendar por *acto intervivos* o *mortis causa* y para después de su muerte, la facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Y el párrafo segundo literalmente establecía que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela», pero el comisario deberá, en este caso, inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

En el año 1981 por la citada Ley 11, de 13 de mayo, se intercaló un segundo párrafo admitiendo la posibilidad de nombrar un albacea dativo a petición de los herederos, tanto en sucesión testada como intestada, pero este párrafo no afecta al problema litigioso. Esta misma ley, pues, conservó el tenor del antiguo párrafo segundo que pasó a ser tercero y estaba vigente tanto al otorgar testamento don Jesús Fernández González como al abrirse la sucesión y practicarse las operaciones particionales, sin citar a los coherederos para la práctica del inventario de la herencia a la que concurrían menores de edad. Este hecho está reconocido por ambas partes, a pesar de que en el texto particional se dice haber cumplido con la citación exigida por el artículo 1.057.

Por Ley Orgánica 1/1996, por tanto posterior a todas las vicisitudes de la herencia y pleito pendiente, se modificó el párrafo tercero del artículo 1.057 (antes segundo) y se establece que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o

deficiencias físicas o psíquica, pero el contador partidor deberá, en estos casos, inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.

De la comparación de ambos textos, sucesivamente vigentes, se comprueba la extensión del inventario a los casos de curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas y la supresión de la citación a los coherederos acreedores y legatarios. Esta evolución del precepto no está exenta de importancia a la hora de interpretar el viejo artículo 1.057 que se denuncia como infringido.

Y descarta la interpretación de la parte recurrente, quien basa la infracción del artículo 1.057 en no tener en cuenta que las normas legales se interpretan según el sentido propio de las palabras, y palabras del artículo 1.057, dice el recurrente, obligan al comisario a inventariar «con citación de los coherederos acreedores y legatarios». Continúa, que no habla de herederos, sino de coherederos, y como esta palabra hace referencia a la relación entre los herederos, concluye afirmando que la citación sólo debe hacerse a los coherederos de dichos menores sujetos a tutela. El argumento, cualquiera que sea el grado de sutileza con que se expone, es absolutamente irrelevante.

Cuando el precepto habla de coherederos, es porque cuando concurren varios y todos sean herederos, si alguno es menor deberá tenerse en cuenta el precepto legal.

Continuando la argumentación, se dice que la Audiencia no ha tenido en cuenta el contexto del artículo 1.057, como exige el artículo 3.1 y recuerda diversos preceptos del Código Civil como el artículo 166 o el 1.014, y los artículos 914 y 1.084 del Código, pero de la lectura de todos ellos no se desprende nada que permita prescindir de la obligación de citar a los representantes del menor para inventariar en los supuestos de herencia.

Acude el recurrente a invocar argumentos históricos, pero ninguno de ellos permite tampoco concluir en que el precepto no es de obligado cumplimiento. Ciertamente que el precepto era oscuro, ponía en tela de juicio la doctrina la finalidad perseguida por el mismo y no se alcanzaba a justificar la llamada a ese inventario a todos los coherederos, acreedores y legatarios, pero el texto posterior vigente en la actualidad, aunque no al tiempo de la partición, nos impele a pensar que la citación inexcusable para la práctica del inventario es a los representantes legales de los menores o incapaces y en el caso de autos no se hizo.

Por último, como argumento añadido, pero que parece esgrimido sin convicción y acaso porque se esgrimió en la contestación a la demanda, insinúa que los menores no son herederos.

Este argumento es también poco sólido, puesto que si bien F. R. F., evidentemente no es legatario de parte alícuota porque le atribuye el testador una cosa cierta y determinada, como es la nave o pabellón sito en el barrio de Z., sin que pueda su valor sobrepasar la sexta parte de la herencia (vid. arts. 660, 768 del Código Civil), los restantes hermanos no son instituidos en cosa cierta, sino que reciben del causante el remanente si lo hubiera del tercio de mejora y ello es indeterminado hasta tal extremo que solo tendrá contenido si tras cumplir con las disposiciones que regulan la intangibilidad de las legítimas y las testamentarias establecidas por la voluntad del causante, hubiere resto de bienes pertenecientes al as hereditario. Reciben por ello el tratamiento de herederos.

Esto sentado, se trata de una partición en la que se ha conculcado una exigencia insoslayable por el contador, el inventario, su falta no puede ser considerada dolosa, como ya razonó la sentencia de la instancia, pero ello no comporta que instar la nulidad sea una conducta de los actores contraria a la buena fe, ni constitutiva de abuso de derecho.

Esta Sala mantuvo en la sentencia de 16 de mayo de 1955, que la falta constituía causa de nulidad absoluta, pero tal riguroso criterio fue atenuado por las sentencias de 26 de diciembre de 1973 y 17 de diciembre de 1988, para las cuales la sanción es la de mera anulabilidad, y en consecuencia es susceptible de convalidación por confirmación o por prescripción, y que tal convalidación puede darse por actos propios de carácter inequívoco, que revelen la voluntad de aceptar la partición, pero tales actos no se han declarado concurrentes en el caso de autos.

Por último, precisa el contenido y alcance del artículo 1.057 a la luz de la jurisprudencia y el criterio de ésta sobre los efectos de la falta de cumplimiento del requisito de la citación a los representantes de los menores.

La necesidad de citar a los representantes de los menores o incapacitados al inventario y sólo a éstos, ha sido la solución dada por el nuevo texto del artículo 1.057, que como dijimos no es aplicable al caso, pero evidencia que esa era la exigencia ineludible en el texto anterior, aunque alguna sentencia como la de 23 de diciembre de 1976, estableciera que también debía citarse a los coherederos, legatarios y acreedores.

El Código no establece las consecuencias de dicha falta de manera explícita, del propio modo que no determina los supuestos de nulidad de las particiones, salvo el del artículo 1.081, completamente ajeno al pleito. La Jurisprudencia contenida, entre otras, en la sentencias de 26 de diciembre de 1973 y 17 de diciembre de 1988, a pesar de los términos imperativos del precepto (observará, deberá...), entiende que la falta de citación a inventario es causa de anulabilidad y no produce por ende nulidad absoluta.

Esto sentado, es evidente que los representantes de los menores tienen legitimación para impugnar la partición defectuosa.

El carácter meramente anulable de esa defectuosa partición permite admitir que tras su práctica sea convalidada por confirmación (art. 1.309 del Código Civil), tanto expresa como tácitamente (art. 1.311), pero en autos no se aprecian hechos posteriores que revelen la voluntad inequívoca de confirmar la partición, ni puede ser razón suficiente la alegación de que los representantes del menor tenían noticia de la omisión de bienes en la partición.

El recurrente aspira a que el litigio sea resuelto por el cauce de una partición complementaria, como permite el artículo 1.079, tan repetidamente aplicado y que ha dado lugar a una importante Jurisprudencia que consagra el principio *favor partitionis*, desde la antigua sentencia de 2 de julio de 1904, pasando por las de 5 de mayo de 1933, 16 de abril de 1943, hasta las más recientes de 31 de mayo de 1980, 15 de mayo de 1982 y otras posteriores.

Pero tal aspiración no puede ser satisfecha porque la Jurisprudencia aplica tal principio a los supuestos de omisión de bienes, pero no a los de infracción del precepto contenido en el artículo 1.057, cuyo carácter protector del menor es de naturaleza distinta.

Consecuencia de todo lo anterior es concluir que la partición infringió el artículo 1.057, que dicha infracción determina la anulabilidad de las operaciones, la cual ha sido ejercitada por persona legitimada, como es el padre de

los incapaces, y que no es del caso producir un cambio jurisprudencial que permita aplicar el principio *favor partitionis* a supuestos que no tienen apoyo legal en los preceptos de los que se dedujo tan beneficioso principio.

COMENTARIO

En definitiva, el Tribunal Supremo no niega la posibilidad de realizar una partición complementaria, si bien la misma no se admite en el presente caso al oponerse a la misma el representante legal de los menores de edad. Si, al ser la partición en este supuesto meramente anulable y no radicalmente nula, la consecuencia es que la misma es susceptible de confirmación, como admite el propio Tribunal, bien expresa o incluso tácitamente. Y una posible confirmación sería por admitir la partición complementaria. Esta interpretación parece coherente con el párrafo en que se dice: «...pero en autos no se aprecian hechos posteriores que revelen la voluntad inequívoca de confirmar la partición...»

El legado de parte alcuota ha adquirido desde hace tiempo carta de naturaleza en nuestro Derecho, siendo su régimen jurídico fruto de la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, así como de las resoluciones de la DGR y N, sobre la escasa base suministrada por los artículos 655 del Código Civil, 42 número 7 de la Ley Hipotecaria, 146 y 152 de su Reglamento, 1.038, 1.049, 1.055, 1.056 y 1.065 de la LEC. Interesa destacar que en el Derecho romano la naturaleza de este legado era puramente obligacional, en cuanto se limitaba a conferir un derecho de crédito contra el heredero. En nuestro Derecho, a partir de la Ley 20 de Toro y con base en la misma, la mayoría de la doctrina ha entendido que el legatario de cuota viene a ser un comunero más o copropietario de los bienes hereditarios, salvo que se trate de legado de valor puro de la herencia en que será considerado como simple acreedor.

COMUNIDAD HEREDITARIA. *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*. ARTICULOS 392 Y 400 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Pamplona que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Santa Coloma de Farnés, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes fundamentos de derecho.

El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha infringido el artículo 400 del Código Civil en concordancia del artículo 392 del mismo Cuerpo Legal.

Este motivo debe ser estimado con todas sus consecuencias.

Son hechos probados e incontrovertidos, en el sentido de ser admitidos por todas las partes de la presente contienda judicial, que la que fue herencia yacente de los padres de dichas partes —cuatro hermanos— ha sido aceptada expresamente, que además ha sido inventariada —seis fincas—, y que de toda

conformidad, los mismos, han procedido a su partición y división, adjudicándose cada uno de ellos una cuarta parte indivisa de los bienes de la misma.

Con base a todo lo anterior se ha de afirmar que ha existido una comunidad de la que surge una *actio communi dividundo* que representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y que es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna (sentencia de 5 de junio de 1998).

Por ello se ha de decir que tal acción es susceptible de ejercitarse por el cauce procesal del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, que es lo que ha hecho correctamente la parte recurrente —antes actora— en el presente caso, pues dada su posición de comunera copropietaria, derivada de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios, no necesita para nada el cauce del juicio universal de testamentaria para tal ejercicio; pues no se puede olvidar que lo que se ejercita es la ya mencionada *actio communi dividundo* y no la *actio familiae erciscundae* que sólo puede ejercerse a través del ya mencionado juicio universal, pero siempre que la herencia no haya sido dividida que, como se ha dicho y visto, no es el actual caso.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta con carácter general y como aplicación del principio *pro actione* y del de la tutela judicial efectiva, no es un óbice grave el utilizar un cauce procesal garantista —como es el juicio ordinario declarativo—, obviando un juicio universal específico que normalmente y, dada la posición de las partes de esta *litis* desembocaría en el mencionado juicio ordinario declarativo.

Y para ello hay que estar absolutamente de acuerdo con lo plasmado en el voto particular aplicado a la sentencia recurrida, es decir, que las seis fincas objeto de la comunidad en cuestión, unas por imperativos normativos y otras por principios económicos, son absolutamente indivisibles desde un punto de vista material, por lo que habrá que recurrirse a lo dispuesto en los artículos 404, 406 y 1.062 del Código Civil, o sea, emplear la vía jurídica para salir de tal división, o sea acudir a la pública subasta y repartir el dinero obtenido en cuatro partes, ya que algunos de los comuneros así lo han solicitado.

COMENTARIO

Sabido es que el derecho hereditario en abstracto, de controvertida naturaleza, de los herederos se transforma, una vez aceptada la herencia en un derecho concreto sobre los diversos bienes que la integran, cuya naturaleza ya no responde a la comunidad germánica, sino que es la de la copropiedad romana o por cuotas; por lo que para salir de la indivisión resulta adecuado el ejercicio de la *actio communi dividundo* y no el de la *actio familiae erciscundae*, con la consecuencia procesal que ello comporta.

SUCESION. LEGISLACION APLICABLE. REENVIO. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ACCION DE PETICION DE HERENCIA. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1999.)

No es necesario que la acción de petición de herencia se refiera a todos los bienes hereditarios, sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona.

El reenvío debe aplicarse con criterio flexible, restrictivo y condicionado.

Son antecedentes de este litigio los siguientes: Los demandantes, apelados y recurrentes son hijos nacidos del primer matrimonio de don J. A. D., de nacionalidad inglesa, fallecido en Salvatierra de los Barros el 30 de abril de 1990, bajo testamento notarial abierto otorgado el 23 de noviembre de 1987 en España, en cuya cláusula primera manifiesta haber estado casado en primeras nupcias con doña D. R., de cuyo matrimonio son hijos los demandantes; en la cláusula segunda dispuso que «sin perjuicio de los derechos legitimarios que según su ley nacional pudieran corresponder a sus tres citados hijos o descendientes, instituye única y universal heredera de sus bienes, derechos y acciones, a su esposa doña C. R. S. Los albaceas testamentarios otorgaron escritura pública de manifestación y liquidación de la herencia adjudicándose la viuda el único bien inventariado, la mitad en pago de sus bienes comunes y la otra mitad por herencia de su marido.

El Juzgado de 1.ª Instancia de Jerez de los Caballeros dictó sentencia declarando que la sucesión de dicho súbdito inglés se rige por la ley española y, en consecuencia, los actores como hijos del finado son legitimarios que concurren con la viuda en la sucesión y por ende tienen derecho a un tercio del haber hereditario en pleno dominio, otro tercio en nuda propiedad, cuyo usufructo vitalicio corresponde a la viuda, como asimismo la corresponde el pleno dominio del tercio de libre disposición, declarando nula la partición (sic) y adjudicación de la herencia.

La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado y sin entrar en el fondo del asunto, absolvió de la demanda a los demandados (viuda y albaceas), por estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues debieron ser traídos a juicio el Museo de Arte Moderno y el Ayuntamiento de Toulouse como poseedores de los bienes del causante, entregados por su viuda. El fundamento doctrina de esta decisión lo encuentra la Audiencia en que la acción ejercitada es acción de petición de herencia que, como acción universal, debe comprender *todos* los bienes relictos (no sólo el único bien inventariado) y dirigirse contra todas las personas que detentan bienes hereditarios.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara: 1.º Que no es necesario que la acción de petición de herencia se refiera a todos los bienes hereditarios —como parece entender el Tribunal *a quo*—, sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona y no otros; y que la legitimación pasiva en la acción de petición de herencia sólo alcanza a quienes se arroguen la condición de poseedores de los bienes en concepto de herederos o a título universal o sin título singular alguno, lo que no se da en el presente caso, en que tanto el Museo de Arte Moderno como el Ayuntamiento de Toulouse poseen los bienes como donatarios al habérselos entregado la viuda heredera, por tanto, en virtud de una posesión basada en un título singular. Por lo que no se da la falta de litisconsorcio pasivo necesario, estima el correspondiente motivo y casa y anula la sentencia de la Audiencia. 2.º Entrando en el fondo del asunto, expresa que la cuestión definidora del litigio planteado se centra en la determinación de la ley material por la que ha de regularse la sucesión del padre de los actores, de nacionalidad inglesa, fallecido en Salvatierra de los Barros, donde residía desde hacía varios años, y bajo testamento abierto, al que se ha hecho mención en el fundamento primero de esta resolución, siendo el fallecido propietario del inmueble ya

relacionado, e integrándose el haber hereditario, según los demandantes, por los bienes muebles que se relacionan en el hecho cuarto de la demanda, hallándose unos en el referido inmueble y otro en el Museo de Toulouse (Francia). Entienden los demandantes que la sucesión de su difunto padre ha de regirse por la ley española en virtud del reenvío de retorno que los Tribunales ingleses, de acuerdo con el informe sobre el derecho inglés que acompaña a la demanda, hacen a la legislación del país en que se encuentran sitios los bienes, como aplicable para regular la sucesión del causante, forma de reenvío que, se dice, recoge el artículo 12.2 de nuestro Código Civil, según el cual «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española».

No obstante el contenido del informe sobre la jurisprudencia de los Tribunales ingleses sobre aplicación del reenvío, acompañado con la demanda, lo cierto es que, como señalan los autores, tanto españoles como británicos, la jurisprudencia de ese país marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el artículo 12.2 del Código Civil respecto a la norma de conflicto inglesa en materia de sucesiones inmobiliarias; así es de ver como en asunto Adams, el Juez inglés rechaza la aplicación del reenvío, entendiendo que los Tribunales españoles sólo lo aplicarían en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los Juzgadores lo estimen oportuno, o sea, que éstos sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español.

Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 del Código Civil conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia. Y absuelve de la demanda a los demandados.

COMENTARIO

La doctrina del reenvío, con precedentes en una decisión inglesa del año 1793, tiene su propio origen en la sentencia del Tribunal de Casación francés de 24 de junio de 1878, que revocando la sentencia del Tribunal de Instancia lo admitió aplicando la ley francesa en la sucesión del súbdito bávaro Forgo, domiciliado de hecho en Francia donde falleció abintestato y, en su virtud, el Estado francés heredó sus cuantiosos bienes muebles frente a sus parientes colaterales maternos. Acerca de la misma y de las ventajas e inconvenientes de su admisión, según sea de primero o de segundo grado, no se ha logrado acuerdo doctrinal, jurisprudencial ni legislativo. Ejemplo de esto último lo constituyen los artículos 98 y 162 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaría y del cheque, que constituyen una excepción al artículo 12.2.º del Código Civil.

En materia testamentaria pudiera aceptarse como piedra de toque para admitir o rechazar el reenvío, desde el punto de vista de nuestra legislación, la voluntad del causante, ya que si ésta ha de ser la determinante y decisiva en materia de interpretación testamentaria, si se desprende que el testador quiso dejar herederos a quienes podían serlo conforme a su ley nacional, debe admitirse el reenvío, mientras que deberá defenderse la solución contraria en el caso de que la voluntad del testador sea la de dejar sus bienes conforme a la legislación del país en que otorga su última voluntad.

PARTICION. NULIDAD. CLAUSULA OBSTATIVA A LA INTERVENCION JUDICIAL. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón García Varela, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra que, estimando parcialmente el recurso interpuesto, revocó en parte la sentencia del Juzgado número 1 de Primera Instancia de Vigo; y, en consecuencia, queda firme la declaración de nulidad de la cláusula 9.ª testamentaria y la nulidad de las operaciones particionales, pues es presupuesto de la misma la liquidación, no practicada en este caso, de la sociedad de gananciales.

Don J. V. S. demandó a sus otros tres hermanos interesando la nulidad de la partición hereditaria —por falta del presupuesto previo de liquidación de la sociedad de gananciales— y de la cláusula 9.ª testamentaria que sancionaba al sucesor que promoviese la intervención judicial con quedar reducido a su cuota legitimaria mínima, no siendo acogida su demanda por el Juzgado, cuya sentencia fue revocada por la Audiencia y la de ésta confirmada por la decisión del Tribunal Supremo, manifestando que la prohibición de la intervención judicial es admisible como válida cuando la partición es efectuada por el testador o por el contador-partidor, pero no impide que la partición pueda ser impugnada cuando adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, pues de lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio, como ocurre en este caso, donde obra acreditado la falta de liquidación de la sociedad de gananciales habida entre el causante y su esposa premuerta, y sin embargo los bienes de la misma se han incorporado a la partición hereditaria. Y añade que cuando los cónyuges o sus herederos no realicen voluntariamente la liquidación del régimen que disciplinaba sus relaciones

patrimoniales o no se hayan sometido al arbitraje de un tercero, permitido por el artículo 2.1.a) de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cualquiera de ellos está facultado a acudir a la vía judicial con el objeto de obtener dicha liquidación e idéntica facultad cabe establecer respecto a los causahabientes de aquéllos.

PARTICION EFECTUADA POR CONTADOR-PARTIDOR DIRIMENTE. PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1999.)

La prueba pericial sólo es revisable en casación si conculca las más elementales directrices de la lógica o es contraria a la racionalidad.

CAPACIDAD PARA SUCEDER.—ORDEN RELIGIOSA. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

Planteada la cuestión de la capacidad para suceder de una Orden religiosa, que afirmó la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Vitigudino y confirmó la de la Audiencia Provincial de Salamanca, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación conforme a los siguientes fundamentos.

La sentencia recurrida desestimó la demanda en la que se suplicaba nulidad radical del testamento otorgado por la religiosa doña CVS el 6 de diciembre de 1965 a favor de la Orden Hijas de la Caridad, como ya se deja dicho, pero conviene tener en cuenta, para decidir el motivo fundado en la inaplicación de los artículos 35, 38, 755 y 758 del Código Civil, que la Compañía y las Hijas de la Caridad de San Vicente de Paul son una misma institución religiosa, y no se trata de dos distintas, siendo conocidas con diversas denominaciones, sin que sea posible la confusión y, a su vez, la testadora fue religiosa perteneciente a la Institución de referencia.

Sostienen los recurrentes que a la época del fallecimiento de la causante (11 noviembre de 1967), la Orden instituida heredera no tenía personalidad jurídica y resultaba incapaz para adquirir condición de sucesora testamentaria, pues la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia no se produjo hasta el 29 de noviembre de 1982, y es a partir de esta fecha cuando ha de reputarse válida la constitución de la referida Orden y con ello su capacidad jurídica de obrar, conforme al artículo 38 del Código Civil.

Al tiempo de la muerte de la testadora era de aplicación el Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953, que reconocía en su artículo IV la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, poseer y administrar toda clase de bienes a las Instituciones y Asociaciones Religiosas existentes en España a su entrada en vigor, siempre que estuviesen constituidas conforme a la normativa del Derecho Canónico, y con referencia expresa a las Ordenes y Congregaciones y a sus Provincias.

La Orden litigante existía y estaba establecida en España con anterioridad al Concordato, lo que es hecho histórico notorio, suficientemente conocido por todos y que no cabe negar, contando con aprobación canónica en virtud del Rescripto de 9 de noviembre de 1963, de la Sagrada Congregación de Religiosos y por ello al tiempo de la sucesión testamentaria le asistía la capa-

cidad jurídica exigida por la ley para poder heredar a la causante de referencia, de conformidad al artículo 746 del Código Civil (Sentencia 7-4-1920), por estar dotada de legítima personalidad que le permitiera adquirir bienes por testamento. Dicha personalidad ha sido mantenida en forma continua, y la ostenta en la actualidad, conforme al Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de dicho año, en cuyo artículo 1-4 se subraya el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de los entes eclesiásticos (Sentencia 13-5-1994), habiendo causado inscripción la Orden del pleito el 29 de noviembre de 1992 en el Registro del Ministerio de Justicia, en cumplimiento del Acuerdo de 1979 y de conformidad al artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1989, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, así como su Disposición Transitoria primera y Real Decreto de 9 de enero de 1991.

Por lo que se deja estudiado, la conclusión decisoria que se impone es que la Orden religiosa recurrida cumple las exigencias de la legislación civil y la normativa estatutaria representada por la legislación canónica y civil, para ser tenida como heredera legítima de la causante testadora de referencia, y se trata de heredero suficientemente identificado, por lo que procede decretar el rechazo del motivo.

ALBACEAZGO.—CARACTER PERSONALISIMO. DELEGACION. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado D. Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Avila que había revocado la del Juzgado n.º 1 de 1.ª Instancia de dicha ciudad, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos objeto del litigio.

La cuestión esencial que se plantea es la delegabilidad del albaceazgo. El albacea, persona encargada por el testador de dar ejecución a su última voluntad contenida en el testamento (en este sentido, sentencias de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993) es un *officium*, basado en la confianza que el causante le ha depositado, que lo configura como *vir bonus* (como dice la sentencia de 6 de febrero de 1982) y tiene como consecuencia que sus funciones son personalísimas y no delegables mientras el testador no haga extensiva la confianza a esta facultad de delegación (tal como expresa la sentencia de 1 de febrero de 1910). Así lo dispone el artículo 909 del Código Civil: *el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador*.

En caso de que el albacea se vea imposibilitado de forma total o relativa para cumplir el cargo de confianza, puede no aceptarlo o renunciar al mismo (arts. 898, 899 y 910) o bien puede encomendar a otra persona la colaboración o auxilio o cooperación material o jurídica que no implique delegación: ésta significa el traslado a otra persona de la función encargada al albacea y aquélla, el encomendar a otro gestiones concretas y singulares (así, sentencia de 2 de junio de 1962).

En el caso concreto objeto de la *litis*, en el testamento de la causante doña C. M. H. madre de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación y del codemandado, otorgado el 19 de abril de 1969, consta la siguiente *Dis-*

posición tercera: «Nombra albaceas testamentarios con el carácter de contadores-partidores, solidariamente y aunque haya interesados en la herencia menores, ausentes o incapacitados, a su hermano Lázaro y a sus buenos amigos vecinos de Avila, Don IDR y Don JRO». Tal como está acreditado y así se relaciona en la sentencia de instancia estos dos últimos encargaron las operaciones particionales a un Letrado en ejercicio y éste, cumplida la encomienda, envió el cuaderno particional a los albaceas contadores-partidores a fin de que, si lo estimaban pertinente, lo aprobasen y firmasen.

Por tanto, la testadora nombró albaceas particulares con la misión específica de hacer la partición (así, sentencia de 8 de marzo de 1995) y éstos la encomendaron a un abogado en ejercicio, que la hizo por entero, se la presentó y la aprobaron y firmaron. Lo cual no es una cooperación, ni simple encargo del trabajo material de redacción, ni, por tanto, auxilio material o jurídico, sino dar al tercero el encargo que han recibido por razón de su *officium*, para que haga sus veces, lo cual es el concepto gramatical y jurídico de delegación.

Habiendo ejercitado la parte demandante doña M. y doña B. M. M., la acción de nulidad, como acción principal, de la partición por haberse hecho con infracción del artículo 909 del Código Civil, dicha acción fue estimada por la sentencia de primera instancia, que fue revocada en apelación por la de la Audiencia Provincial de Avila, de 16 de marzo de 1994, la cual estimó la subsidiaria de modificación —por omisión de bienes— de la partición. Contra esta sentencia ha interpuesto aquella parte demandante recurso de casación,

Alegando la infracción del artículo 909 del Código Civil en relación con el 1057 del mismo cuerpo legal. Este motivo debe ser estimado por lo expuesto en el fundamento jurídico anterior. La sentencia de instancia expone unos hechos y deduce una valoración jurídica. Los hechos son que los albaceas contadores-partidores encargan hacer la partición a un tercero, éste la hace y aquéllos la firman; la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial es que esto no es una delegación, sino encargo de trabajos «meramente auxiliares». Lo que constituye una calificación jurídica errónea por desconocer el concepto de delegación que prohíbe el artículo 909 del Código Civil que ha sido totalmente infringido.

COMENTARIO

No siempre será fácil la distinción entre la propia y genuina delegación y la mera colaboración, auxilio o asesoramiento. La sentencia parece basarla en una razón «de cantidad» y no «de calidad», en cuanto centra el fundamento de la distinción en que los albaceas encomendaron hacer la partición a un abogado en ejercicio, *que la hizo por entero*, mientras que la cooperación supone encomendar a otro gestiones singulares y concretas. Además, se desprende de esta sentencia que la cooperación puede ser material o jurídica. Casos de la primera serían los actos consistentes en recabar documentos y antecedentes y ejemplos de la segunda solicitar un dictamen sobre alguna cuestión dudosa. Si se entrega toda la documentación por los albaceas a una persona, letrado o notario o que tenga conocimientos jurídicos, para que ella sola, sin intervención de los albaceas efectúe la partición, estaremos ante una delegación prohibida por el artículo 909 del Código Civil, que determinará la nulidad de la partición. Los profesionales deben tomar buena nota de esta sentencia para actuar en consecuencia.

LEGÍTIMA CATALANA.—CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

La legítima deferida es renunciable.

La carga de la prueba de que hubo perjuicio en el cálculo de la legítima corresponde al legitimario que le alega.

El Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Jesús Corbal Fernández declara no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Sala 1.^a de la Audiencia Provincial de Gerona que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Figueras, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan claramente los hechos que motivaron el pleito.

Don J. V. G., de vecindad catalana, que había otorgado testamento abierto el 7 de octubre de 1986, falleció el 14 de marzo de 1988, por lo que el régimen de últimas voluntades establecido en dicho acto está sujeto a la normativa de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que es la disposición vigente en el momento de la apertura de la herencia, producida por dicho óbito. En el mencionado testamento, y en la parte que aquí interesa, el Sr. V. G. instituye heredera a su esposa doña B. S. V., y lega a favor de sus padres don E. V. F. y doña C. G. S. varios bienes y derechos, en pago de legítima y en lo que exceda como liberalidad, pero grava una parte de ellos (el usufructo vitalicio de las barcas de pesca «Tramontana 2» y «Tramontana 3»), con la obligación de entregar a la esposa del testador una pensión mensual de doscientas cincuenta mil pesetas, a valor de pesetas el día del fallecimiento, y con incremento del Índice Ponderado del Coste de la Vida. El proceso, al que se refiere el recurso de casación objeto de enjuiciamiento, se inicia en virtud de demanda de la heredera (prelegataria) que reclama de los legatarios gravados el reconocimiento de su derecho a la pensión mensual vitalicia de doscientas sesenta y siete mil quinientas pesetas, con condena solidaria de los demandados a pagar la suma de cinco millones quinientas treinta mil quinientas veinticinco pesetas, en concepto de importe de lo adeudado por las pensiones no pagadas y ya devengadas hasta octubre de 1990, más las correspondientes a las mensualidades vencidas hasta la fecha del efectivo pago. Por los demandados se contradice la pretensión actora, fundamentalmente con base en dos argumentos: que la cláusula testamentaria en que se dispone el prelegado debe tenerse por no puesta, porque vulnera el artículo 133 de la Compilación que dispone que «el causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos usufructos, fideicomisos, ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas», y que asimismo dicha carga u obligación perjudica la legítima, que en el derecho catalán asciende a una cuarta parte (art. 129 de la Compilación). Con base en tales razones los demandados formulan reconvenición, en la que se solicitan se declare tener por no puesta la carga sobre la legítima; se determine el valor de la legítima, y una vez valorada se condene a la demandada reconvenicional al pago del suplemento de legítima con los intereses pertinentes; y se condene a dicha demandada reconvenicional a la devolución de las mensualidades de la pensión, indebidamente pagadas por los reconvinientes, con los intereses pertinentes. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueras dictó sentencia el 25 de noviembre de 1993 en la que estima la demanda principal y desestima la reconvenicional, cuyos pronunciamientos fueron confirmados en apelación por la Sentencia de la Sección Primera de

la Audiencia Provincial de Girona de 15 de julio de 1996. Contra esta Sentencia se formula por los padres del causante recurso de casación que articulan en tres motivos, todos ellos por el cauce del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero de los cuales se denuncia vulneración del principio dispositivo e incongruencia (art. 359 LEC); en el segundo, infracción del artículo 1.214 del Código Civil por inversión de la carga de la prueba; y en el tercero, se acusa que la sentencia recurrida se funda en una presunción judicial que conculca lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código Civil.

Antes de entrar a analizar los motivos expresados procede hacer una referencia al contenido de las sentencias de instancia a fin de comprender mejor —en aras al principio de la tutela judicial efectiva— la decisión final del litigio. La Sentencia del Juzgado se puede resumir en dos apreciaciones muy importantes. La primera consiste en aplicar el párrafo segundo del artículo 136 de la Compilación (que dice «si lo recibido... fuese inferior a la legítima correspondiente, podrá el legitimario exigir el suplemento, excepto si después de deferida aquella se hubiese dado por completamente pagado de su legítima o hubiese renunciado expresamente a su derecho al suplemento»), en el sentido de que si bien no hubo renuncia expresa a la petición de complemento de legítima, sí hubo completa conformidad de los legatarios dándose por completamente pagados de la legítima (lo que declara probado en virtud de la total conformidad, con pleno conocimiento de su contenido, con la escritura de aceptación y manifestación de herencia, y por el pago de la pensión durante el plazo de un año). La segunda apreciación opera en el terreno «ex abundantia» como se desprende de los propios términos del razonamiento judicial. Plantea la sentencia la pretensión de la parte demandada-reconviniente de atribuir un valor a los bienes de la herencia diferente del que se les dio en la escritura de manifestación de herencia, y con ocasión de ello aprecia deficiencias en los informes periciales emitidos en autos, y termina razonando, que a pesar de ello «todo hace presumir que, prescindiendo del valor atribuido a los bienes adjudicados a los demandados en la escritura de manifestación de herencia, su valor real en aquella época era muy superior al que se hizo constar en la referida escritura, y que los demandados percibieron con creces su legítima todo y la carga de la pensión con que el testador tuvo la voluntad de gravarlos» (*sic*). La sentencia de la Audiencia (que es el objeto de casación) presenta más complejidad. En primer lugar parte de la base de que el precepto del párrafo primero del artículo 133 es de derecho necesario —y que su vulneración produce la ineficacia *ipso iure*—, de la no aplicabilidad al caso del párrafo segundo del propio artículo referido a la Cautela Socini, para entender que la cláusula testamentaria litigiosa debió ser tenida por no puesta. Pero a continuación dice: «no obstante lo cual, no puede revocarse el pronunciamiento de la sentencia que estima la demanda promovida por la instituida heredera», porque los legatarios recibieron como legado en pago de legítima, no sólo los bienes sobre que se impuso la obligación sino también otros, y no se ha producido prueba que permita establecer que la atribución efectuada a los legitimarios —apelantes—, incluida la carga impuesta, sea inferior a la legítima, y, por consiguiente, no procede eliminar dicha carga, teniéndola por no puesta, debiéndose desestimar el recurso de apelación. Con independencia de que la legítima deferida es renunciable (*ius dispositivum*), se aprecia en la conclusión anterior la desarmonía interna de que si la cláusula controvertida debe tenerse por no puesta

por ser contraria a derecho, no hay base legal para subordinarla a que haya daño o perjuicio para la legítima, sin embargo el tema queda fuera de la casación. En virtud de la conclusión adoptada, pasa a analizar la sentencia de la Audiencia la acción de suplemento de legítima, y efectúa, en síntesis, las siguientes consideraciones: que no aparece probado que los legitimarios se dieran por pagados de su legítima; que no hay base para inferir de forma lógica y necesaria, de la pericial practicada, que hayan recibido más de la legítima; que no es aceptable la tesis de la apelante, según la cual debe establecerse como valor del caudal relicto la suma de los valores asignados a cada uno de los bienes en la escritura de manifestación de herencia; que para el cálculo de la legítima han de tomarse en cuenta los valores reales; y que en el supuesto de autos no puede entenderse que la apelada aceptase aquellos como «reales», y que además no se da tal correspondencia, como se deduce del informe pericial. Con base en lo expuesto, al no existir prueba sobre el valor real del caudal relicto, y habida cuenta que la insuficiencia de la atribución del testador para cubrir la correspondiente legítima es el hecho en el que se fundamenta la pretensión del apelante, por aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, se declara que dicha falta debe perjudicar a los apelantes, con el efecto de desestimar el recurso de apelación.

Los tres motivos del recurso de casación deben examinarse conjuntamente porque parten de los mismos presupuestos, y con ellos se evitan innecesarias repeticiones. El recurso se fundamenta en dos razonamientos básicos: que de conformidad con los valores consignados en la escritura de manifestación y aceptación de herencia existe daño o perjuicio para la legítima, y que la carga de la prueba del valor de los bienes corresponde a la parte actora, por lo que, en último caso, no se pueden atribuir las consecuencias de la falta de prueba de los valores reales a los legitimarios recurrentes.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que si bien, en principio, para el cálculo del importe de la legítima habrá de estarse a los valores «reales», sin que vinculen los que atribuya a los bienes el testador, o el heredero o legatario gravado con su pago, nada obsta a que los interesados (en el caso, heredera testamentaria y legitimarios-legatarios) hubieran podido convenir los valores que estimasen oportunos, fueren superiores o inferiores a los reales, porque la legítima deferida es de derecho dispositivo. Sin embargo, no cabe atribuir tal efecto vinculante —de convenio— a los valores que se hacen constar en la escritura de manifestación y aceptación de herencia, pues su consignación puede responder a otras finalidades (fiscales, administrativas, etc), y en sede de legítima es preciso que quede establecido de modo incontestable que se acepta dicha valoración para su cálculo. Y este no ha sido, como pone de relieve la resolución recurrida, el supuesto de autos. Por otra parte, no cabe deducir, como hace la recurrente, que la parte actora al no cuestionarlos los tiene por buenos, y que por ello es una hecho aceptado. El valor de los bienes no es hecho constitutivo de la demanda, no forma parte de la «causa petendi» de la pretensión actora, y ello es así porque no se trata de un hecho jurídico relevante integrante del supuesto fáctico de la norma que sirve fundamento a dicha pretensión. No es una condición específica de la misma. El hipotético daño a la legítima puede suponer un hecho impeditivo, o modificativo, de la pretensión, pero en la perspectiva de la formulación de la reclamación, resulta procesalmente irrelevante. Por eso no puede considerarse que se acepta la valoración por el hecho de que la demandante no la haya cuestionado (en un

sentido o en otro) en su demanda. Y en absoluto tampoco puede considerarse un hecho «admitido» en la perspectiva de los artículos 565 y 690, párrafo primero, de la LEC. Por lo tanto, ni existe alteración alguna de la «causa petendi», por lo que no se da una situación de incongruencia en la resolución recurrida, ni se vulnera el principio dispositivo del *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, con lo que cae por su base el primer motivo del recurso.

La conclusión anterior acarrea como consecuencia que se requiere una prueba del valor real de los bienes. Los juicios de valor acerca de si los valores escriturados son inferiores a los reales, no trascienden a la resolución del pleito. Lo que sí trasciende es que la Sentencia recurrida considera que, en sede de fijar el valor real para proceder al cálculo de la legítima, y evaluar si se produjo o no el perjuicio, no hay prueba, porque, en el libre ejercicio del juicio jurisdiccional no estima aceptable la pericial practicada, y este planteamiento es inmovible en casación. No hay ninguna presunción que resuelva el pleito, no se aplicó el artículo 1.253, y por ende no pudo ser infringido. Y en dicha posición de falta de prueba, el juzgador de instancia aplica correctamente la norma del artículo 1.214 del Código Civil, tal y como lo complementa reiterada jurisprudencia de esta Sala. Las consecuencias desfavorables de aquella falta de prueba se deben producir para la parte a quien le incumbía el *onus probandi*. Y esta carga le correspondía, tanto en la perspectiva de la acción principal, como de la reconventional, a la parte demandada-reconviniente, recurrente en casación. Es así, en la primera perspectiva, porque un hipotético perjuicio de la legítima que afectase total o parcialmente a la pretensión actora podría constituir un hecho impeditivo, o modificativo, cuya prueba corresponde al que lo invoca, y a quien beneficia. Y en la segunda perspectiva, porque el perjuicio o afectación cuantitativa de la legítima constituye un hecho constitutivo de la pretensión (en el caso ejercitada en reconversión) de suplemento o complemento de legítima (STS de 20 de febrero de 1987).

F. C. L.

2. DERECHO MERCANTIL

Por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) Anónimas

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. A LA PROPIA JUNTA CORRESPONDE EL MANDATO DE SU CONVOCATORIA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

Se debe advertir el claro formalismo que preside el régimen de la sociedad anónima que no permite soslayar el artículo 94 de la Ley, ni se puede confundir el mandato de convocar (que efectivamente puede corresponder a la Junta General) con la concreta convocatoria.

Una Junta General puede ordenar que se convoque una determinada Junta General Extraordinaria, pero la concreta convocatoria (obedeciendo tal acuerdo de Junta General ordenando que se convoque) la ha de hacer el órgano de administración correspondiente.

EJERCICIO DE LA ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, CONFORME A LOS ARTICULOS 133 Y 135 DE LA LEY. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Para la acción están legitimados activamente los acreedores de la sociedad cuando resultan lesionados directamente sus intereses por actos de los administradores. Es una acción de rescimiento o indemnización, que no requiere como presupuesto necesario una deuda social, y que exige la concurrencia de los tres requisitos típicos de las acciones rescisorias o indemnizatorias, a saber: daño, culpa (configurada, por cierto, en la nueva Ley de 1989, en términos más latos, a como se entendía en su homónima y precedente del art. 81 de la Ley de 1951), y nexo causal entre la conducta o actitud —por acción u omisión (inactividad)— de los administradores como tales y la lesión sufrida por el acreedor social.

RECLAMACION DE CANTIDAD POR DEBITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONTRA LOS SOCIOS LIQUIDADORES DE UNA SOCIEDAD. ARTICULO 279 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. DICHA RESPONSABILIDAD ES DE NATURALEZA EXTRA CONTRACTUAL, Y LA ACCION PRESCRIBE AL AÑO A PARTIR DE LA FECHA DE CONOCIMIENTO DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ejercitada una acción de responsabilidad contra los liquidadores de una sociedad, la que encuentra amparo en el artículo 279 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como que dicha responsabilidad sería de naturaleza extracontractual, el tema planteado, sustancialmente, es el relativo a la prescripción de la referida acción, siendo de puntualizar al respecto, que resulta innegable la naturaleza extracontractual, por lo que debe descartarse cualquier alusión a los contratos de arrendamiento de servicios, societario o laboral, y que no puede jugar, en absoluto, un plazo prescriptible de quince años, pues es de reiterar que se está en presencia de una responsabilidad extracontractual.

Es consecuencia obligada de lo acabado de exponer que el plazo prescriptivo de la acción ejercitada es el del año establecido en el artículo 1.968 del Código Civil, cuyo cómputo inicial sería «desde que lo supo el agraviado», lo que obliga forzosamente a acudir a las disposiciones reguladoras del Registro Mercantil para entender, con ellas, que la fecha a tener en cuenta es la correspondiente a la inscripción de la escritura pública sobre disolución y liquidación de la sociedad.

RECURSO DE REVISION. DOMICILIO SOCIAL. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1999.)

Debe reiterarse la doctrina de esta Sala, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1998: «debe sentarse que el *domicilio*

social de las sociedades anónimas, no sólo constituye la sede oficial de la entidad, que garantiza a la misma la recepción y práctica de cuantas comunicaciones y notificaciones hayan de trasladarse para su conocimiento, con plenitud de efecto, sino también, la ubicación que por su naturaleza formal (cfr. art. 9 de la Ley de Sociedades Anónimas, apartado e) y necesidad de inscripción registral, asegura a los terceros que con ella se relacionan, la certeza de aquel conocimiento, como elemento indispensable de la seguridad del tráfico mercantil. No cabe, pues, que las sociedades anónimas tengan un domicilio "de hecho" con trascendencia jurídica». Esta es la significación del concepto de «domicilio legal» al que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 66 al establecer el domicilio de las compañías civiles y mercantiles.

CUENTAS ANUALES. REQUISITO DE CLARIDAD. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1999.)

A tenor de los artículos 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34.2 del Código de Comercio, las cuentas sociales deben ser redactadas con claridad y ser fiel reflejo del patrimonio social y de su situación financiera y, como consecuencia de ello, cuando se origina una controversia judicial respecto a la calificación que merece el resultado de tales cuentas, corresponde al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la concurrencia o no de los mencionados requisitos, lo cual se infiere del contenido de la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias de 7 de junio de 1963, 28 de abril de 1960 y 3 de mayo de 1956, cuya doctrina puede sintetizarse en que corresponde al juzgador formar una convicción personal sobre las cuestiones sometidas a su consideración, pero no es menos cierto que ni la doctrina dicha, ni aquellos preceptos, obligan al juzgador a realizar un examen directo y material de las cuentas, pues, en cualquier caso, puede llegar a su propia convicción a través o mediante la ayuda de informes técnicos, máxime cuando la investigación de una contabilidad requiere la existencia de conocimientos específicos, que vienen a configurar la esencia de los dictámenes periciales, como se desprende de los artículos 1.242 del Código Civil y 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CLAUSULAS LIMITATIVAS DE LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES: ARTICULOS 63 DE LA LEY Y 123 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. NATURALEZA JURIDICA DE LA APORTACION A SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

El artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas (básico en la materia) sólo exige dos requisitos para la validez de las cláusulas limitativas a la libertad de transmisión de las acciones: que recaigan sobre acciones nominativas (sin más específicas subdivisiones) y que se reflejen en los estatutos de la sociedad.

Cierto que esta transparente normativa parece restringirse por el Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 123; pero esta hermenéutica es inconsistente. Tal precepto (que no resulta una disposición *secundum legem*, sino por el contrario deviene *contra legem* o, cuando menos *praeter legem*) no puede prevalecer frente a la regulación más comprensiva del artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque lo impide el principio de jerarquía nor-

mativa y porque las normas reglamentarias tienen escaso juego en casación cuando se invoca la violación de normas del ordenamiento jurídico, generalmente con rango de ley.

El carácter traslativo de la aportación de bienes a una sociedad está proclamado con insistencia por esta Sala en numerosas sentencias. Cabe destacar, entre ellas, las siguientes: 11 y 19 de noviembre de 1970, 3 de diciembre de 1981, 13 de febrero de 1982, 23 de febrero de 1984 y 2 de abril de 1990.

COMPETENCIA DESLEAL. LISTADO DE CLIENTES: NO ES SECRETO EMPRESARIAL, PERO SU USO PARA PUBLICIDAD DE EMPRESA DE LA COMPETENCIA ES MALA FE, CONSTITUTIVA DE COMPETENCIA DESLEAL. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1999.)

El listado o la relación de la clientela no es un secreto empresarial. Sin embargo, el hecho del empleado o empleados de una empresa, que, inducidos por otra de la competencia, aprovechan el listado de la clientela de la primera para hacer ofrecimiento de los servicios de la segunda, esta Sala considera que es objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, tal como contempla el artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; no son violación de secretos, sino actos de mala fe, no por lo previsto en los artículos 13.1 y 14.2 de la Ley, sino por ser objetivamente contrarios a la buena fe, como prevé el artículo 5 de la Ley, que no es sino una derivación del principio general de buena fe, que proclama el del Código Civil y que es la base de la normativa jurídica y de la convivencia social.

ADAPTACION A LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SEGUN LA DISPOSICION TRANSITORIA TERCERA DE LA LEY. INSCRIPCION INELUDIBLE DE LOS ACUERDOS EN EL REGISTRO MERCANTIL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La exigencia de la responsabilidad solidaria a los administradores es una responsabilidad objetiva, procedente *ex lege*, según establece expresamente el apartado 3 de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, cuando hayan transcurrido los plazos a que se refieren los apartados anteriores de la misma «sin haberse adoptado e inscrito las medidas en ellos previstas». Por tanto, resulta evidente que de dicha expresa exigencia legal, que, como tal, es de obligado cumplimiento, se desprende claramente que, para que pueda quedar excluida la expresada responsabilidad solidaria de los administradores, no basta con que hayan sido adoptados los acuerdos sociales correspondientes dentro del plazo legal señalado (antes del 30 de junio de 1992), sino que es ineludible (por exigencia legal expresa, volvemos a decir) que los mismos hayan quedado también inscritos en el Registro Mercantil dentro del referido plazo, si bien basta (para considerar cumplida dicha exigencia legal) con que la presentación en el Registro Mercantil de la correspondiente escritura (mediante asiento registral de presentación vigente, no cancelado por caducidad del mismo) se haya efectuado dentro de dicho plazo, toda vez que, según el artículo 24 de la Ley Hipotecaria (aplicable también al Registro Mercantil) se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. COMPETENCIA TERRITORIAL.
(SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Establece el artículo 118 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas que «será Juez competente para conocer del asunto, con exclusión de cualquier otro, el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio social. El Juez examinará de oficio su propia competencia»; en consecuencia, la competencia territorial para el conocimiento de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales es improrrogable e inderogable, quedando fuera del poder dispositivo de las partes que no pueden alterar, ni por pacto expreso ni tácitamente (art. 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) esta norma competencial, estando el Juzgado obligado a apreciar de oficio su competencia.

FALTA DE ADAPTACION DE LOS ESTATUTOS DE SOCIEDAD ANONIMA. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Producido el evento que prevé la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, esto es, que hayan transcurrido los plazos que se establecen para la adaptación de los estatutos, en los casos indicados, la responsabilidad de los administradores, o de los liquidadores, reúne las características de personal y solidaria entre sí y con la sociedad, sin que la Ley distinga o haya acepción de las deudas sociales por las que se responde.

IMPUGNACION DE JUNTA DE ACCIONISTAS DE SOCIEDAD ANONIMA Y DE LOS ACUERDOS TOMADOS EN ELLA POR QUIEN NO HA LOGRADO INSCRIBIR, EN EL LIBRO REGISTRO CORRESPONDIENTE DE LA SOCIEDAD, LAS ACCIONES NOMINATIVAS ADQUIRIDAS. NO RECONOCIMIENTO DE SU CUALIDAD DE ACCIONISTA ANTE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Acudiendo a la normativa vigente —de la que forma parte el art. 63 de la Ley, sobre restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas— la denegación de la inscripción de su adquisición de acciones, constituye un acto posiblemente impeditivo de ese derecho contra el que no cabe otra solución —para lograr, en su caso, la plenitud del negocio de transmisión— que el ejercicio de la correspondiente acción por la vía jurisdiccional legalmente establecida quedando entre tanto, por pasividad en este caso de la única parte interesada en el remedio, incompletas las consecuencias del acto al no haberse consolidado el mismo, respecto a la sociedad, a falta del registro que aquel precepto establece, todo ello con independencia de la validez, nulidad o anulabilidad del negocio.

La actuación societaria, ajustada a lo que dispone el artículo 55.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, hace inaplicable, durante la persistencia de la situación no remediada, la declaración general del primer párrafo del artículo 48 de la propia Ley, porque en la enumeración mínima de derechos que a continuación hace para el accionista, establece su condicionamiento a los «términos establecidos en esta Ley, y salvo los casos en ella previstos», entre los cuales no ofrece la menor duda que se encuentra el régimen o

salvedad del referido artículo 55.2, y lo mismo ocurre con lo que dispone el artículo 104.

CONVOCATORIA DE JUNTA, REQUISITOS. FRAUDE DE LEY, REQUISITOS.
(SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La normativa establecida para la convocatoria de las Juntas de las Sociedades Anónimas tiene carácter de *ius cogens* (en tal sentido cabe citar las sentencias de 9 de abril de 1995 y 23 de diciembre de 1997, y resolución de la Dirección General de Registros de 20 de febrero de 1995): Pero no es aceptable, en cambio, el argumento con el que se pretende aplicar la doctrina del fraude de ley. La jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 5 de abril de 1994, 19 de mayo y 22 de diciembre de 1997, 3 de febrero y 9 de septiembre de 1998, 23 de enero y 26 de febrero de 1999), dictada a propósito del apartado cuarto del artículo 6 del Código Civil, viene exigiendo para su operatividad, que se actúe bajo el amparo de una norma legal —la llamada *ley de cobertura*— y la finalidad de obtener un resultado antijurídico —norma *eludida o soslayable*—. En el caso que se enjuicia, la convocatoria de la Junta se ajusta a su contenido, y falta que el resultado conseguido vulnere una norma prohibitiva, porque con la observancia del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas se da preciso cumplimiento a las exigencias legales del caso, y no se elude o soslaya ningún otro precepto del ordenamiento jurídico, sin que quepa incluir en éste unas prácticas habituales, comportamientos usuales, o similares, ni siquiera un ordenamiento contractual (sentencias de 3 de noviembre de 1992 y 4 de noviembre de 1994).

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ARTICULO 135 DE LA LEY. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La acción de responsabilidad civil que contemplan los artículos 79 y 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (art. 135 de la vigente Ley) en cuanto a accionistas y terceros, ha de tener como núcleo o sustratum una actuación con abuso de facultades, o sea, cuando hay extralimitación en el ejercicio del cargo de administrador de la sociedad o se actúa fuera de su área competencial.

ARTICULO 1.218 DEL CODIGO CIVIL: LA FE PUBLICA NOTARIAL ACREDITA EL HECHO QUE MOTIVA EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA Y SU FECHA, ASI COMO QUE LOS OTORGANTES HAN HECHO ANTE EL NOTARIO DETERMINADAS DECLARACIONES, PERO NO LA VERDAD INTRINSECA DE ESTAS. NULIDAD DE LA CREACION DE ACCIONES QUE NO RESPONDAN A UNA EFECTIVA APORTACION PATRIMONIAL A LA SOCIEDAD. EL ADMINISTRADOR DE LA QUIEBRA REPRESENTA EN JUICIO AL QUEBRADO EN TANTO NO SE PRODUZCA EL NOMBRAMIENTO DE LOS SINDICOS. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1999.)

El documento público, otorgado bajo la fe pública notarial, lo único que prueba es el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su

fecha, así como que los otorgantes han hecho ante notario determinadas declaraciones, pero no la verdad intrínseca de éstas.

El artículo 33 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, aplicable a este litigio por razones cronológicas (coincidente con el 47.1 de la Ley hoy vigente), prohíbe la creación de las mal llamadas acciones liberadas o acciones gratuitas.

Al quedar el quebrado (sea persona física o jurídica), a virtud de la declaración de quiebra, inhabilitado para la administración y disposición de su patrimonio, al depositario administrador le corresponde la representación del mismo, al tenerla de la quiebra (art. 1.181 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 1.319 de la misma Ley), en tanto se produce el nombramiento de los síndicos, y, conforme al artículo 925 del Código de Comercio, para reclamar el pago de los dividendos pasivos a los socios deudores de los mismos, es evidente que dicho administrador tiene legitimación pasiva para que dichos socios puedan alegar frente al mismo las excepciones que les correspondieran frente a la sociedad quebrada.

B) Limitadas

NOTIFICACION EN JUNTA DEL PROPOSITO DE TRANSMITIR PARTICIPACIONES SOCIALES A EFECTOS DEL DERECHO DE TANTEO. REQUISITOS. (SENTENCIA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El artículo 20 de la Ley de 1953 expresa claramente que el socio que se proponga transmitir *inter vivos* su participación o participaciones sociales, deberá comunicarlo... Que el propósito de un socio de transmitir sus participaciones se anuncie o comunique en una Junta de la sociedad es cuestión pacíficamente admitida, no ya después de la entrada en vigor de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, sino con anterioridad por la sentencia de 14 de mayo de 1991.

D) Cooperativas

BAJA DEL SOCIO SIN CUMPLIR EL PLAZO DE PREAVISO: NO PROBADOS LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ciertamente los socios no se dieron de baja mediante el preaviso contemplado en la Ley (General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril, art. 32.1) y fijado en los estatutos, pero de ello no deriva necesariamente una indemnización, sino que para ésta es preciso que se acredite que se ha producido algún daño o algún perjuicio irrogado a la Cooperativa.

LAS COOPERATIVAS CUYOS ESTATUTOS NO SE HAYAN ADAPTADO A LA LEY EN EL PLAZO POR ESTA SEÑALADO, ESTAN DISUELTAS DE PLENO DERECHO, Y NO PUEDEN ADOPTAR MAS ACUERDOS QUE LOS PERMITIDOS LEGALMENTE. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1999.)

III. TITULOS VALORES

C) Otros títulos valores

PAGARES NO PROTESTADOS. RESPONSABILIDAD POR EL PERJUICIO. ENDOSO EN BLANCO. VIA DE REGRESO. ACCION DIRECTA CONTRA EL FIRMANTE. DERECHOS DE REPETICION. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1999.)

No es preciso el levantamiento del protesto para ejercitar la acción directa contra el firmante del pagaré, pero el incumplimiento de los deberes de diligencia y la falta de prueba sobre las comunicaciones previstas en el artículo 55 de la Ley Cambiaria y del Cheque 19/1985, de 16 de julio (aplicable según el art. 96 a los pagarés) revelan descuido y negligencia que se extiende con carácter solidario a los tenedores.

Los pagarés figuran transmitidos mediante *endoso en blanco* (art. 16) todos los derechos resultantes del mismo. Por tanto sus sucesivos tenedores estaban facultados para completarlo a nombre propio o al de otra entidad.

Al haberse perjudicado los pagarés por falta de protesto, la endosataria quedó privada de acción de regreso contra el endosante, por lo que en realidad, la titular de la acción directa contra el firmante era el tenedor. Consecuentemente, tenía que haber ingresado el importe de los pagarés en la cuenta de su endosante, sin perjuicio de las reclamaciones que correspondieran.

Sin que pueda establecerse con certeza, qué entidad fue responsable del perjuicio de los efectos, ambas incurrieron en irregularidades, por lo que, sin que haya óbice en que entre ambas diluciden sus respectivas responsabilidades, las dos entidades en virtud tanto del principio de solidaridad cambiaria que establece el artículo 57 de la Ley Cambiaria y del Cheque, como de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, cuando en la producción del daño concurren varias personas, responden solidariamente ante los perjudicados, no obstante, una vez efectuado el pago, puede repetirse contra otros responsables, según su participación en la causación de los daños.

IV. CONTRATOS

AVAL Y CREDITO DOCUMENTARIO. MANDATO MERCANTIL; REVOCACION POR EL DEPOSITARIO DE LA QUIEBRA DEL MANDANTE. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La modalidad de garantía personal conocida como aval o primera solicitud o a primer requerimiento, garantía a primera demanda, o a simple demanda o garantía independiente, cumple una función garantizadora tendente a conseguir la indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante de la garantía. Examinando la característica esencial de esta forma de garantía personal, su no accesoriedad de la obligación principal, la sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1992, recopiladora de la jurisprudencia anterior, señala «de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que

deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de buena fe contractual (art. 1.258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido con la consiguiente liberación de aquél.

Sin embargo, en el documento base del pleito no se trata de la forma de garantía personal conocida por los nombres más arriba señalados, sino que nos encontramos ante un crédito documentario que, dice la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1996, «comprende un convenio en virtud del cual el banco emisor, obrando por la solicitud de su cliente, como ordenante del crédito, se obliga a hacer un pago a un tercero beneficiario, o a autorizar a otro banco para que efectúe el pago, pero siempre contra la entrega de los documentos exigidos y cumpliendo rigurosamente los términos y condiciones del crédito»; asumido el compromiso con carácter irrevocable, el banco emisor ha de realizar necesariamente las prestaciones pactadas si el beneficiario le entrega los documentos previstos. Al igual que en el aval a primera solicitud, en el crédito documentario se da una relación entre el ordenante y el beneficiario, constituida por el contrato subyacente, una relación entre el ordenante y el banco emisor, que puede nacer de un arrendamiento de servicios o de un mandato, y una relación entre el beneficiario y el banco emisor.

La quiebra determinante de la inhabilitación del comitente no extingue la comisión mercantil encomendada al comisionista; en este caso dicha comisión fue revocada por el depositario de la quiebra, representante del quebrado; revocado el mandato mercantil, es claro que éste no puede renacer a la vida jurídica por el hecho de la aprobación del convenio con los acreedores.

COMISION MERCANTIL: NO CABE IDENTIFICAR COMISIONISTA, TRANSITARIO Y AGENTE DE ADUANAS, SALVO QUE EL CONTENIDO PROPIO DEL COMETIDO DE CADA UNO DE ELLOS SE AMPLIE REALIZANDO LO QUE CORRESPONDE A LOS OTROS. CONTRATO DE TRANSPORTE. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Los conceptos de comisionista, de transitario, y aún de agente de aduanas, en función de actos concretos que se dicen realizados, o encomendados, en torno al transporte de mercaderías en litigio, siendo así que en principio el comisionista, con todas las posibles variantes de su actuación, es un *alter ego* del comitente, que el transitario es —a tenor de los arts. 1.º y 126 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; del art. 167 del Reglamento de la anterior Ley, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre—, un auxiliar del transporte, intermediario y organizador de transportes internacionales, un operador de transporte de mercancías, transportista de un cargador, asimilados a agentes de transportes, depositarios o almacenistas de mercancías procedentes de transporte, en definitiva, realizador de actividades varias y similares en este orden auxiliador, y por último cabe señalar que agente de aduanas es un intermediario privado entre los sujetos pasivos del tributo de importación de mercancías y los órganos de gestión tributaria.

De estas posibilidades profesionales cabe que el primero pueda absolver los cometidos de los otros y asumir sus responsabilidades, pero no a la inver-

sa, salvo que expresamente se les confieran dichas facultades convirtiéndoles en apoderados, comisionistas o representantes con aquella mayor amplitud de facultades.

COMPRAVENTA: CUESTION DE COMPETENCIA CONCERTADA EN PORTES PAGADOS A FAVOR DEL JUZGADO DEL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Las mercancías viajaron a porte pagado y a riesgo del vendedor, lo que confirma, de acuerdo con la doctrina reiterada de la Sala (sentencias de 26 de enero de 1996, 24 de abril y 28 de julio de 1998, entre otras) la competencia del órgano jurisdiccional correspondiente al domicilio del comprador, lugar donde, efectivamente, se realizó la entrega.

SEGURO DE INCENDIOS. OBLIGACION DE PAGO DEL CAPITAL ASEGURADO, AUNQUE EXISTA UN PACTO ESPECIAL. APLICACION DEL ARTICULO 20: INCREMENTO DEL 20 POR 100 ANUAL. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1999.)

La sentencia de 27 de mayo de 1998, dice: «Sobre este interés de demora son importantes las declaraciones que hace la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1993, de 14 de enero, en la cuestión de inconstitucionalidad que se planteó respecto a la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, relativa al interés del 20 por 100 desde la fecha del siniestro, respecto a los procesos relativos a indemnización con motivo de accidentes de circulación. El tema, pues, es el mismo, ya que no es sino una aplicación particular de la norma general del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro». La sentencia anterior de 8 de febrero de 1994, con un criterio reiterado en la de 29 de julio de 1998, dijo, a su vez «el asegurador queda, ciertamente, obligado a satisfacer o consignar la indemnización desde que se produce el siniestro, ya que la obligación resarcitoria no nace de la sentencia y ésta únicamente determina el importe finalmente acreditado. Estos intereses son claramente sancionatorios y disuasorios de una conducta que dificulta o retrasa el pago y constituyen, en suma, unos intereses especiales de demora, que no exigen la motivación del acreedor, puesto que se trata de casos en los que la ley establece directamente la mora sin intimación de aquél conforme a lo prevenido en los artículos 1.100 del Código Civil (núm. 2.º) y 63.1 del Código de Comercio».

Lo que no se altera por la existencia de un pacto válido, según el último inciso del artículo 2 y aludido en el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, en virtud del cual el asegurado podría hacer los pagos de manera irregular en el tiempo y en la forma, habiendo pagado la prima con retraso y después del siniestro.

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

A) Quiebras

RETROACCION DE LA QUIEBRA. NULIDAD DE LOS ACTOS DE DOMINIO REALIZADOS POR EL QUEBRADO EN EL PERIODO AL QUE SE RETRO-TRAEN LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

Salvo las sentencias de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993, es doctrina reiterada y prácticamente uniforme de esta Sala, que aquí se mantiene y ratifica, la que proclama la nulidad radical, *ipso iure*, de todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra (sentencias de 9 de diciembre de 1981, 13 de julio de 1984, 28 de enero de 1985, 9 de mayo de 1988, 24 de octubre de 1989, 15 de noviembre y 19 de diciembre de 1991, 11 de noviembre de 1993, entre otras).

RETROACCION DE LA QUIEBRA. ALCANZA AL PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA, OTORGADO TRAS LA FECHA DE RETROACCION DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de la retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta: así, sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984, y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha ocurrido en el presente caso. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del artículo 878 del Código de Comercio: «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes». No se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal.

Tan sólo se ha atenuado la rigurosidad del precepto en aquellos supuestos en que el acto de administración o disposición no perjudique los intereses de los acreedores: así, sentencias de 12 de marzo, 20 de septiembre y 11 de noviembre de 1993, y 20 de junio de 1996.

La nulidad alcanza al préstamo constituido con garantía hipotecaria y no puede pretenderse que le sea devuelto el capital al margen de la masa de la quiebra.

R. S. DE F.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

BARRIO GOZALO MAXIMILIANO Y OTROS: *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1999. Un tomo de 646 págs.

En el mes de junio de 1998 tuvo lugar en Salamanca un encuentro interdisciplinar sobre la historia del Derecho de la propiedad en España, organizado por aquella Universidad con la colaboración del Colegio de Registradores de la Propiedad, habiéndose expuesto dieciocho ponencias, seguidas de debates científicos de gran altura que propiciaron el éxito de estas conferencias.

Ahora el Colegio de Registradores, por su Centro de Estudios Registrales, ha recogido aquellas intervenciones editando este libro que resulta muy interesante y de utilidad por cuanto los que no pudimos asistir a aquellas jornadas tenemos ocasión de enterarnos de todo lo que allí se dijo.

El tema genérico de estas jornadas fue la propiedad en su evolución desde el siglo xv a la actualidad, y las ponencias nos reflejan una interesante evolución que nos presenta como la institución, junto a sus líneas fijas, muestra la influencia de las ideas que evolucionan a través de los tiempos.

MAXIMILIANO BARRIO GOZALO, en su ponencia sobre «La propiedad eclesiástica en la España del antiguo régimen» trató de la formación y cuantificación de esta propiedad hasta desembocar en la desamortización.

ANGEL GARCÍA SANZ estudió «La propiedad territorial de los señores seculares» haciendo notar que no fue tan importante este tipo de propiedad respecto al total de la existente, basándose en los datos del Catastro de Ensenada, que detalla.

JOSÉ IGNACIO FORTEA PÉREZ expuso «La propiedad de las corporaciones urbanas», dentro del ámbito de la Corona de Castilla, resaltando el endeudamiento endémico de los municipios en aquella época del siglo xv al xvii.

ALBERTO MARCOS MARTÍN analizó el tema «Estructuras de la propiedad en la época moderna: Evolución y variantes peninsulares», poniéndolo en relación con la evolución de la propiedad plasmada en las economías campesinas y el crecimiento de las explotaciones agrarias.

ALICIA FIESTAS LOZA trató del «Censo consignativo en la Castilla del antiguo régimen», figura especial que comportaba unas limitaciones del dominio características de aquellas épocas y que ya ha desaparecido. Analizó su régimen jurídico, germen de problemas que no tienen fácil solución.

SALUSTIANO DE DIOS, con su tema «Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la Corona de Castilla», nos expone la doctrina de la época de los siglos xv y xvi, bastante rica en estudiar los diversos aspectos de la propiedad, según las normas y costumbres entonces vigentes.

BARTOLOMÉ CLAVERO expuso su ponencia «Propiedades y propiedad, 1789: El derecho dominical en el momento revolucionario», con el supuesto giro que significó la Revolución Francesa que, como es sabido, y sin embargo, consideró a la propiedad inicialmente como uno de los derechos sagrados.

CLARA ALVAREZ ALONSO incluye el tema «Las dos caras de Jano: Propiedad y Constitución en el primer liberalismo español», presentándonos las ideas de la Constitución de 1812 y el proyecto del Código Civil de 1821.

PEDRO RUIZ TORRES insiste en el tema de la época hablando de «Señorío y propiedad en la crisis del antiguo régimen», aunque concretándolo al País Valenciano.

RAMÓN GARRABOU ya entra en épocas recientes con su ponencia sobre «Derechos de propiedad y crecimiento agrario en la España contemporánea», analizándola bajo el prisma del sector agrario.

JAVIER INFANTE MIGUEL-MOTTA Y EUGENIA TORIJANO PÉREZ estudiaron «El aparato administrativo de la desamortización en la España del siglo XIX: Una primera aproximación». Tema éste muy tratado por las consecuencias sociales que trajo. Es conocida la frase de que la desamortización hizo más ricos a los ricos y más pobres a los pobres.

RICARDO ROBLEDO y LUIS ENRIQUE ESPINOSA tratan un tema aún candente: «La reforma agraria de la II República: El proceso de asentamiento de comunidades de campesinos en la provincia de Salamanca». Varios son los estudios sobre aquella reforma que fue mal planteada y que más que fracasar fue un auténtico aborto, pues no llegó a nacer. La figura del asentamiento está aún sin definir y poco se puede decir de algo que no nació. Sin embargo, el tema se desarrolla con interés, limitado a una provincia, aportando datos.

MARIANO PESET busca el «Fundamento ideológico de la propiedad», según lo expusieron los juristas positivistas que defendieron la propiedad liberal.

MARIANO ALONSO PÉREZ estudia «La propiedad en el Código Civil». Aunque parece que ya hemos llegado al final de la evolución, todos sabemos que el Código se va quedando corto y cada día hay nuevas ideas limitativas de la propiedad.

PABLO SALVADOR CODERCH, en su tema «Los derechos de propiedad» enfoca la institución con cierta terminología norteamericana, como fondo de poderes económicos.

MARGARITA SERNA VALLEJO entra en el tema ya actual: «La protección registral de la propiedad: Especial referencia a las Resoluciones de la Dirección General del Registro de la Propiedad y a la doctrina del Tribunal Supremo». Arranca desde los iniciales momentos de la aplicación de la Ley Hipotecaria de 1861 y las aclaraciones que hubo de hacer la Dirección General.

GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO, Registrador de la Propiedad, que ya tocó esta cuestión en otras ocasiones, habló de «Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español», quien resaltó que la finalidad y los propósitos del legislador de 1861 fueron la seguridad en el tráfico, desechando la tesis de que se quería proteger a los adquirentes de la desamortización.

Por último, otro Registrador, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO expone «Influencia de los principios hipotecarios y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la evolución de la contratación sobre la propiedad inmueble». Hace un estudio muy completo de la evolución de estos principios hipotecarios y de cómo la Dirección General ha sabido interpretarlos para que su aplicación contribuya a la seguridad en el tráfico de los inmuebles hasta la situación actual.

BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO Y OTROS: *Operación Jovellanos. Propuestas de reforma para la agricultura española*. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, con la colaboración del Instituto de Estudios y Consejo General del Notariado. Madrid, 1999. Un tomo de 270 págs.

El pasado día 20 de diciembre tuvo lugar en el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, la presentación de este libro, comprensivo de varias ponencias o trabajos de distinguidos agraristas. El acto estuvo presidido por el señor Ministro y en él habló el coordinador del libro, ALBERTO BALLARÍN, quien nos dijo la finalidad que se persigue. Se trata de conmemorar el centenario, segundo en este caso, de la aparición del Informe sobre la Ley Agraria de Gaspar Melchor de Jovellanos, que supuso un gran hito en los estudios para mejorar nuestra agricultura.

Nos dijo que cuando se acaba un siglo y va a empezar otro, resulta natural y conveniente, sobre todo, ante la perspectiva de un tercer milenio, hacer balance de la situación y adelantar proyectos para la nueva centuria. En este momento coinciden una serie de acontecimientos de gran importancia: la prevista ampliación de la Unión Europea a los países PECOS, la preparación para aplicar el Tratado de Amsterdam y, en fin, la reforma de los Fondos Estructurales y de la PAC que se está llevando adelante conforme a la Agenda 2000. Frente a esta realidad, sigue diciendo, más problemática que nunca para la agricultura española y comunitaria, no podíamos dejar de interrogarnos sobre su futuro.

Y éste ha sido el resultado de tales reflexiones, según lo han expresado los siguientes autores en sus respectivos trabajos:

INTRODUCCION. ALBERTO BALLARÍN MARCIAL. Abogado y notario. Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario. Miembro de la Academia de Agricultura de Francia.

PROPUESTA DE REFORMAS LEGISLATIVAS EN ORDEN A LA MODERNIZACION DE LA AGRICULTURA. JUAN JOSÉ SANZ JARQUE. Catedrático emérito de la UPM.

PROPUESTA PARA LA ELABORACION DE UNA LEY GENERAL QUE FAVOREZCA EL ACCESO A LA EMPRESA AGRARIA, ESPECIALMENTE DE LOS JOVENES AGRICULTORES PROFESIONALES. JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ. Notario de Zaragoza. Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

PROPUESTAS EN TORNO AL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL CORRECTO DIMENSIONAMIENTO DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS. EMILIO VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS. Abogado. Asesor jurídico de ASAJA, Sevilla.

CONCENTRACION DE EXPLOTACIONES AGRARIAS. JUAN SÁNCHEZ JEREZ. Subdirector general de recursos del MAPA.

LA SUCESION *MORTIS CAUSA* EN LA EXPLOTACION AGRICOLA FAMILIAR. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Catedrático de Derecho Civil.

REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y DE LA LEY DE MODERNIZACION EN MATERIA DE DERECHO DE RETRACTO, UNIDAD MINIMA DE CULTIVO Y AGRANDAMIENTO DE LAS EXPLOTACIONES. ALBERTO BALLARÍN MARCIAL. Notario.

LECTURA CRITICA DEL CODIGO CIVIL A LA LUZ DE LA VIGENTE LEGISLACION AGRARIA. GABRIEL GARCÍA CANTERO. Catedrático de Derecho Civil. Emérito de la Universidad de Zaragoza.

A PROPOSITO DE LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA. AGUSTÍN LUNA SERRANO. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

EL FUTURO DEL SECTOR FORESTAL EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMIAS. PROPUESTAS DE REFORMA. LUIS CARLOS FERNÁNDEZ-ESPINAR. Profesor Titular de Derecho Administrativo.

NECESIDAD DE UNA LEGISLACION BASICA EN MATERIA DE CAZA. FRANCISCO CUENCA ANAYA. Notario.

INSTRUMENTOS JURIDICOS DE LA COMERCIALIZACION AGRARIA. Doctor LUIS AMAT ESCANDELL. Catedrático de Derecho Agrario. Universidad Politécnica de Valencia.

COMENTARIOS Y SUGERENCIAS MOTIVADOS POR EL TEXTO DEL LIBRO VERDE SOBRE LA LEGISLACION ALIMENTARIA EN LA UNION EUROPEA Y EL DE LA COMUNICACION SOBRE LA SEGURIDAD DE LOS ALIMENTOS Y SALUD DE LOS CONSUMIDORES. Doctor CARLOS BARROS. Miembro de la Asociación Iberoamericana para el Derecho Alimentario.

SEGUROS AGRARIOS. EMILIO VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS. Abogado. Asesor jurídico de ASAJA, Sevilla.

TRIBUTACION AGRARIA. ANGEL MARTÍN VEGA. Asesor fiscal de ASAJA y EMILIO VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS. Abogado. Asesor jurídico de ASAJA, Sevilla.

PROPUESTA DE REFORMA AGRARIA EN RELACION A LA AGROBIOTECNOLOGIA. ENRIQUE MARÍN PALMA. Abogado. Profesor de Ciencia y Tecnología de los Alimentos. Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Centro de Biología Molecular. CSIC/UAM.

LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN LA AGRICULTURA ESPAÑOLA. PRINCIPIOS A TENER EN CUENTA EN SU REGULACION E INSTRUMENTOS JURIDICOS PARA LLEVARLA A CABO. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL. Notario. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil y Derecho Agrario.

Como se puede ver, un contenido amplio y comprensivo de los principales problemas existentes en nuestra agricultura, apuntando las correspondientes soluciones.

Según BALLARÍN, es la primera vez que en España se hace una propuesta sistemática de reformas con bastante amplitud de la agricultura española.

Se aborda la reforma de estructuras productivas con vistas a lograr que las explotaciones agrarias españolas sean más grandes, más eficientes y más rentables, único camino para que puedan competir con el futuro.

Es de apreciar el esfuerzo realizado por los ponentes, los cuales hacen aquí gala de responsabilidad y de conocer profundamente la realidad del campo, lo que revertirá en la mejora de la agricultura en general y de la situación de nuestros campesinos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. y OTROS: *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 3.^a edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Un manual de 868 págs.

La magna obra que ahora analizamos está dividida por el grupo de autores que la han llevado a cabo en dos grandes epígrafes. En el primero, tratan la

teoría general de la obligación a la que dedican dieciséis lecciones, y por otro lado analizan las fuentes de las obligaciones, y entre ellas destacan la teoría general del contrato, estudiado en las lecciones diecisiete a veintitrés, los cuasi contratos al que se dedica la veinticuatro, el derecho de daños, tratado en las veinticinco a veintinueve, y los contratos en particular, lecciones treinta a cuarenta y una, dando con ello por finalizado el estudio de esta materia. Ahora y sintéticamente, una vez visto como este conjunto de autores ha dividido el tratamiento de la materia, iremos haciendo unas breves premisas de las ideas plasmadas en cada uno de los capítulos estudiados.

La primera de las lecciones que da apertura al análisis del derecho de obligaciones y contratos es la dedicada al Derecho Patrimonial en el que el autor, A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ distingue la existencia de distintas clases o categorías de bienes económicos con trascendencia para el Derecho, dato éste que plantea dos problemas: el primero, el determinar a quién se atribuyen dichos bienes, y el segundo, cómo pasan tales bienes de un sujeto a otro, y para ello existen dos modelos, en el primero, los individuos particulares no gozan de atribución alguna de bienes, pues es titular de todos ellos la colectividad de la que forman parte en este sistema la voluntad de los individuos particulares aisladamente considerada no desempeña papel alguno en orden a la atribución y a la circulación de los bienes económicos, en él es la voluntad de todos y cada uno de los individuos la que determina cuáles son las decisiones de la colectividad o de sus órganos rectores a través de mecanismos de democracia directa o de democracia representativa, y el segundo son las relaciones de intercambio entre los particulares las que determinan a quién se atribuyen los bienes económicos, sin intervención alguna de los órganos rectores de la colectividad. Pero en la realidad histórica concreta los mecanismos de atribución y los de circulación de bienes económicos han sido en dosis variables gobernados por los particulares y la colectividad. Y en la sociedad moderna esas distintas dosis son expresadas por la tensión entre el mercado y el Estado. Mercado se define como el conjunto de las decisiones económicas de los particulares de una determinada comunidad social que se expresan a través de los mecanismos de la oferta y la demanda, cristalizan en un sistema de precios de bienes y de servicios, y Estado es la autoridad política de la comunidad social, que expresa su voluntad a través de sus órganos, mediante decisiones de imperio, es decir, en la que no toman parte los particulares como tales; dichas decisiones abarcan muchos campos y no sólo el económico, pero también alcanzan o pueden alcanzar a éste. Y poniendo en conexión estos dos conceptos con los dos modelos de atribución y circulación de los bienes que han quedado delineados, se podría decir que el mercado sería el mecanismo por medio del cual se efectúan las operaciones de atribución y circulación en el segundo de los dos modelos, mientras que el Estado sería el mecanismo propio del primero de ellos.

Trata la lección segunda, redactada por F. BLASCO GASCÓ, del *concepto y fuentes de las obligaciones*. En ella define la relación jurídica patrimonial como el vehículo o medio a través del cual las personas realizan sus intereses económicos mediante la cooperación, la prestación de servicios y el intercambio de bienes. Distinguiéndose en ella unos sujetos que ocupan las posiciones llamadas activa o de poder jurídico (el sujeto activo) y pasiva o de deber jurídico (el sujeto pasivo); un objeto formado por bienes, cosas y servicios y un contenido que se define como el conjunto de derechos y facultades, cargas y deberes.

El concepto dado a la obligación se concreta en un vínculo jurídico en cuya virtud un sujeto (llamado deudor) debe observar una determinada conducta (prestación) en favor de otro sujeto (llamado acreedor), la obligación por tanto es una concreta correlación entre dos posiciones o situaciones: una, de poder jurídico o posición acreedora, y otra, de deber jurídico o posición deudora. El Código Civil regula la obligación en el Libro IV, definiciones atinentes a la obligación son las que la circunscriben como comportamiento necesario para la satisfacción de una pretensión encaminada a la satisfacción del interés que justifica una posición de poder en la relación jurídica; también como el comportamiento necesario para la satisfacción de un determinado derecho subjetivo: el derecho de crédito; es un deber jurídico privado, de contenido patrimonial inmediato o mediato y de carácter relativo; es la situación jurídica en que se encuentran dos o más sujetos y en cuya virtud uno o alguno de éstos puede exigir del otro o de los otros una determinada conducta económicamente valorable y la situación del deudor es una situación de deber y de sujeción; la situación del acreedor es una situación de poder o señorío jurídico; es un medio jurídico, en definitiva, de realización de intereses económicos. Dentro de la obligación está su relación, es decir, que la relación obligatoria se articula sobre una posición de poder jurídico y otra de deber jurídico, el sujeto titular del poder se denomina acreedor y el sujeto constreñido a adoptar una determinada conducta se denomina deudor. Al hablar de acreedor y de deudor, hemos de acudir a los hechos en virtud de los cuales las obligaciones se originan y nacen creando un vínculo entre ellos y eso son las fuentes de las obligaciones que nacen de la ley, que no se presumen y sólo son exigibles las expresamente determinadas en el Código Civil o en leyes especiales; de los contratos (Título II del Libro IV) que tienen como presupuesto la voluntad personal; y cuasi contratos (Título XVI, Capítulo I del Libro IV), que se contraen voluntariamente pero sin convenio y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervienga cualquier género de culpa o negligencia, es decir, el delito, regulado en el Código Penal, artículos 19 a 22 y 101 a 108 y 117, y en leyes especiales, y el cuasi delito, regulado en el Título XVI, Capítulo II del Libro IV del Código Civil, y son los derivados de acciones u omisiones dañosas no tipificadas como delitos o faltas en las que el sujeto ha intervenido con culpa o negligencia.

En la lección tercera el profesor F. BLASCO GASCÓ estudia *los elementos de la obligación*, que ya definimos en la lección anterior, y se concretan en la deuda y en la responsabilidad, y ello porque la obligación es un vínculo jurídico o ligamen en virtud del cual una persona, llamada deudor, debe observar una determinada conducta o prestación que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra persona, llamada acreedor; el deudor, pues, debe ejecutar o realizar la prestación debida, si no lo hace ese comportamiento es por él debido (deuda). De ahí que la responsabilidad se caracterice por las siguientes notas: tener un carácter necesario e instrumental en relación con incumplimiento del deudor; ser una reacción del ordenamiento jurídico y ser un instrumento para la realización del derecho del acreedor. Pero en esta lección el autor se hace el siguiente interrogante: ¿puede haber deuda sin responsabilidad? Y entonces habla de las obligaciones naturales, cuya característica fundamental es la *soluti retentio*, que se define como un efecto jurídico que consiste en la facultad atribuida al acreedor de retener legítimamente el pago voluntario hecho por el deudor (deuda prescrita, deudas de juego,

pago de intereses no pactados en el contrato de préstamo y retención del pago pretendidamente indebido).

La lección cuatro, también redactada por el profesor F. BLASCO GASCÓ, analiza *los sujetos de la obligación*, y es que la relación obligacional es siempre una relación entre personas, al menos entre dos, una de las cuales se coloca en una posición de deber y otra en una posición de poder (es decir, parte activa o acreedora y parte pasiva o deudora), pudiendo un mismo sujeto o persona ser a la vez acreedor y deudor en la misma relación obligatoria, como sucede en las relaciones obligatorias recíprocas o sinalagmáticas, y sujeto de una relación obligatoria puede ser tanto la persona física como la jurídica. Pero también cabe la posibilidad de que los sujetos o personas de la relación obligatoria sean más de uno, en cuyo caso hablamos de pluralidad (pluralidad activa o de acreedores, en la que hay varios acreedores y un solo deudor o pluralidad pasiva o de deudores, en la que hay varios deudores y un solo acreedor), y las formas de organización de esta pluralidad son la mancomunidad simple o pura o parciariedad (1), la mancomunidad en sentido estricto o conjunta (2), y la solidaridad (3). La (1) supone que cada uno de los acreedores puede exigir de un mismo deudor sólo la parte de la prestación que le corresponde (parciariedad activa) y que cada uno de los deudores sólo puede ser constreñido por un mismo acreedor para pagar la parte de la deuda a que está sujeto u obligado (parciariedad pasiva). A la parciariedad se refiere el artículo 1.138 del Código Civil, y sus dos reglas básicas son: se presumen divididos el crédito y la deuda en tantas partes iguales cuantos sean los acreedores o los deudores y se reputan distintos, unos de otros, los créditos y las deudas; supone, pues, una legitimación individual parcial en relación con la parte de crédito o de la deuda que corresponde al acreedor o al deudor parciario, y supone también necesariamente la unidad de la relación obligatoria. (2) Si el crédito o la deuda son mancomunados, la legitimación activa o pasiva es colectiva y no individual, y tal mancomunidad puede derivar de una declaración de voluntad de los sujetos, de manera que del propio acto constitutivo de la obligación deriva el carácter mancomunado de la pluralidad de acreedores o de deudores; de la objetiva indivisibilidad de la prestación; de la atribución del crédito o de la deuda a un patrimonio consorcial, como el patrimonio hereditario. En este orden de cosas, la mancomunidad ACTIVA implica que el deudor debe pagar a todos los acreedores, es decir, al consorcio de los acreedores o a aquél de entre éstos que esté individualmente legitimado y supone la extensión del efecto de cosa juzgada a todos los acreedores con independencia de que la resolución judicial sea favorable o perjudicial para los mismos. La mancomunidad PASIVA en la que el acreedor debe dirigirse contra todos los deudores conjuntamente para realizar su crédito. (3) La solidaridad supone la unidad o identidad de la relación obligatoria, de ella la solidaridad activa o de acreedores supone una legitimación individual total para exigir el cumplimiento de la deuda, y la solidaridad pasiva o de deudores supone una legitimación individual total que implica una cobertura recíproca de los deudores en orden al cumplimiento/incumplimiento de la obligación, así como una extensión de la responsabilidad de los mismos por el incumplimiento, actúa, pues, como una suerte de garantías o seguridad para el acreedor, pues para éste se amplía el número de sujetos obligados y también responsables.

Se ocupa la lección cinco, de la que es su autor el profesor F. BLASCO GASCÓ, del estudio exhaustivo del *objeto de la obligación*, que lo define como

el bien o la cosa debida, es decir, la cosa o servicio que el acreedor pretende procurarse a través de una determinada conducta o comportamiento del deudor, esta conducta debida por el deudor es la prestación y consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Tal prestación debe ser posible, lícita y determinada o determinable; *posible* porque es siempre una determinada conducta mediante la cual se procura el interés del acreedor y se realiza la función económica de la obligación; *lícita* según consista en un dar o en un hacer, en un dar se reconduce a la comercialidad y en un hacer en que no sea contraria ni a las leyes, ni a la moral, ni a las buenas costumbres, ni al orden público y *determinable* porque debe dar, hacer o no hacer, y establece *qué* conducta o comportamiento debe observar el deudor y *cómo* debe observarlo. Tras este estudio, el autor las distingue en las siguientes: obligaciones positivas y negativas; de dar o entregar; de hacer; de no hacer; de contratar y de no contratar; de garantía; instantáneas, diferidas y duraderas; principales y accesorias; líquidas e ilíquidas, y divisibles y no divisibles.

El profesor F. BLASCO GASCÓ en la lección seis alude a *la determinación de la prestación*, pues la prestación es una conducta o comportamiento, una determinada actividad programada en el momento constitutivo de la obligación. Y destaca el que es fundamental que la prestación esté determinada *ab initio*. La prestación es determinable cuando en el acto constitutivo de la obligación se prevén los criterios para la posterior determinación definitiva de la prestación, sin que sea necesario un nuevo acuerdo entre las partes. Entre las clases de obligaciones destacamos: *las genéricas*, que son aquéllas en las que la determinación de la prestación de dar, aunque también es posible en la de hacer, se realiza a través de la referencia a un género, sin identificar la cosa de su individualidad. Son tres las reglas básicas: 1) el cumplimiento y la calidad de las cosas entregadas; 2) el incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, y 3) el régimen del cumplimiento forzoso de la obligación genérica. Pero, la obligación genérica se convierte en específica mediante la individualización, concentración o especificación de la prestación; *las alternativas* son aquéllas en las que el deudor se libera cumpliendo una de ellas porque se programan de manera disyuntiva o excluyente en el cumplimiento; *las facultativas*, que son aquéllas en que una de las partes, deudor o acreedor, se reserva la facultad de modificar, en el momento solutorio de la obligación, la prestación prevista en el acto constitutivo de la obligación y realizar o exigir una prestación diversa.

La lección siete trata otra clase de obligaciones, en concreto, *las pecunias*, también estudiadas por el profesor F. BLASCO GASCÓ. En ellas se hace una primera alusión al concepto de dinero como bien mueble, genérico y fungible al que un determinado ordenamiento jurídico dota de valor, en relación con una unidad ideal de valor y de poder liberatorio de las obligaciones en cuanto medio de pago, y dentro de esta misma conceptualización se menciona que cuestión distinta es el curso del dinero que puede ser legal, forzoso o fiduciario. Las distintas funciones que puede desarrollar el dinero permiten distinguir entre deudas de suma de dinero y deudas de valor. En las primeras el dinero actúa como un bien en sí mismo, como un medio de intercambio, de adquisición de bienes o de obtención de servicios, y en las segundas, como medida de valor, como equivalente económico de las cosas o de los servicios o del daño producido. Pero desea dejar claro que toda deuda de dinero se debe pagar en la especie pactada, y si así no es posible, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal (art. 1.170 del Código Civil).

La lección ocho, ahora estudiada por el profesor J. ORDUÑA MORENO, analiza el importantísimo tema del *cumplimiento de las obligaciones*, cumplir es corresponder o adecuar el comportamiento humano con el deber jurídico impuesto por cualquier norma jurídica y ello con independencia de que su naturaleza responda a las características específicas que delimitan el deber de prestación contenido en una relación obligatoria, por lo tanto, y en definitiva, el cumplimiento es todo acto de exacta ejecución de una prestación debida en virtud de un deber de prestación de una relación obligatoria, con lo cual todo ello conlleva al cumplimiento de la prestación debida, a la satisfacción del acreedor y a la liberación del deudor. Nuestro Código Civil contempla la figura del pago en el Capítulo IV, Título I, Libro IV, bajo la denominación de la extinción de las obligaciones, y es que el acto integrado en la dinámica de la obligación cuenta con dos protagonistas que son el *solvens*, que es la persona que realiza el pago o cumple con la obligación, también llamado sujeto activo del pago; y el *accipiens*, que es la persona que recibe el pago a cuyo favor se realiza la prestación debida, también llamado sujeto pasivo del pago. Pero el pago también puede ser efectuado por un tercero, ajeno a la relación obligatoria objeto de cumplimiento, debiendo cumplir este tercero los siguientes requisitos: la prestación del tercero debe ser exacta; debe consistir en un dare traslativo; debe tener capacidad; y la prestación se debe hacer con *animus solvendi*. Además, los efectos de pago por tercero se contemplan en el artículo 1.158 del Código Civil. Los pagos pueden ser realizados a persona autorizada, al acreedor aparente, a un tercero y por ingreso en cuenta corriente bancaria, y todo pago debe reunir los siguientes requisitos: exactitud, integridad e identidad. Prueba de todo pago es el recibo. También alude esta lección ocho a la figura de la imputación de pagos, figura que viene a solucionar el problema que puede plantearse en relación al pago y sucede cuando un deudor tiene varias deudas de una misma especie con un solo acreedor, e interesa saber cuál de ellas es la que se paga con la prestación realizada. Su naturaleza responde a un principio de seguridad o certeza jurídica, pues determina el destino que ha de darse a la prestación realizada con base a uno o algunos de los créditos de que sean titulares activos o pasivos las mismas personas. Tal figura la regula el Código Civil en sus artículos 1.172 a 1.174.

Ahora en la lección nueve, J. ORDUÑA MORENO trata el tema de *los subrogados del cumplimiento*, y es que la subrogación o suplencia de pago no viene identificada con el cumplimiento originario, se constituyen, no en formas especiales de pago, sino en prestaciones que sustituyen el pago de las obligaciones. Ya el artículo 1.176 del Código Civil trata de procurar la liberación del deudor que actúa diligentemente en la exacta realización de la prestación debida y el ámbito de aplicación de la misma viene referido a las obligaciones de dar que son las únicas que pueden ser objeto de una puesta a disposición, y su procedimiento viene configurado a dos fases sucesivas: el ofrecimiento de pago y la consignación de la cosa debida (arts. 1.177 y 1.178), el principal efecto de la consignación es la liberación del deudor (art. 1.180), efecto este que se produce cuando el acreedor acepta la consignación o recae una declaración judicial confirmando que la consignación se ha realizado conforme a derecho. Paralelamente a esto trata del concepto de dación en pago, para la que sólo el artículo 1.849 del Código Civil se ocupa indirectamente de su posible contenido. La dación en pago se presenta, ante todo, como una modificación objetiva de la obligación consistente en el cambio de la prestación programada por otra distinta que la sustituye. La prestación que realmente se

ejecuta supone un «aliud» respecto de la prestación convenida; implica, pues, un negocio jurídico en el que las partes acuerdan una nueva reglamentación acerca de la prestación a ejecutar, y se centran las cuestiones relativas a su régimen jurídico en dos supuestos: (1) pérdida por evicción de la cosa dada en pago, y (2) liberación de los fiadores. Otra de las figuras también analizadas en este epígrafe es la de la cesión de bienes a los acreedores y en ella el deudor, ante su comprometida situación patrimonial, ofrece sus bienes a los acreedores para evitar el rigor y las consecuencias derivadas de un procedimiento concursal.

La lección diez, que redacta el profesor V. L. MONTÉS PENADES, estudia el *incumplimiento de la obligación* a la que alude dando varias definiciones: (1) omisión de la prestación en el tiempo previsto; (2) realización de la conducta de prestación infringiendo o desviándose de los parámetros de identidad e integridad. Tal incumplimiento genera un daño, daño que *se ha de reparar*. Y por el hecho de la responsabilidad a la que puede dar lugar diferenciamos entre: responsabilidad *contractual*, por el hecho de que los contratos son la fuente más importante de las relaciones obligatorias y supone tal clase de responsabilidad la existencia de una relación obligatoria modulada o establecida libremente entre las partes, o *extracontractual*, en la que el deber de reparar el daño se produce como consecuencia de un contrato social que no se basa en la previa estipulación o establecimiento de una relación obligatoria; en ella se establece un orden a la reparación del daño. En este orden de cosas, efectos del incumplimiento son: (a) la generación de un deber de restituir o de reparar en el patrimonio del acreedor la carencia de la prestación a realizar por el deudor a la disminución de su valor; (b) una especial sujeción del patrimonio del deudor puede ser objeto de agresión por parte del acreedor; y (c) un deber de reparación o restitución. Finaliza el autor su importante estudio del incumplimiento, haciendo alusión a los tres supuestos básicos de tal incumplimiento: (1) el retardo en la ejecución; (2) la ejecución de una prestación defectuosa, y (3) el incumplimiento definitivo de la obligación.

V. L. MONTÉS PENADES trata en la lección once la *responsabilidad por incumplimiento*, tema ya adelantado en la lección anterior, planteándose ahora la discusión de si tal responsabilidad por incumplimiento —que da título a nuestro epígrafe— o responsabilidad contractual se basa o no en un juicio de reprobabilidad sobre el comportamiento del deudor, sobre, en definitiva, la idea de culpa del deudor. A tal responsabilidad se le circunscriben tres grandes problemas: (1) los daños que derivan de la mera omisión de la prestación en el tiempo convenido, es decir, de la inexecución, retraso o mala ejecución; (2) los daños y perjuicios ulteriores derivados de consecuencias que se producen en el patrimonio del acreedor; y (3) la subsistencia o no de un derecho del deudor a la contraprestación prometida por el acreedor en el supuesto de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas. El estudio de esta responsabilidad lleva a analizar algunas de sus clases: por culpa, distinguiendo entre culpa como negligencia o culpa como impericia, se define la «culpa» como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (arts. 1.104 en relación con los arts. 1.182, 1.183 y 1.902, todos ellos del Código Civil). Esta culpa que hemos definido dice su autor V. L. MONTÉS PENADES que es fundamento de la responsabilidad que opera en las obligaciones de entrega de cosa determinada y en las de hacer; por dolo, para conceptuarla, toma la definición dada por el profesor CASTÁN, para el que se circunscribe a una acción u omisión que, con

conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el incumplimiento normal de una obligación, supone un elemento intelectual —coincidencia— y un elemento volitivo —voluntad de violar el derecho de crédito—, pero no requiere intención de perjudicar al acreedor. Tal responsabilidad por dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula, se trata de una norma imperativa y se extiende a todos los daños que se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

Llegamos así en este caminar a la lección doce que trata *la defensa del derecho de crédito* y ello porque el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor un conjunto de facultades y acciones para la protección de su interés, y entre tales medios de defensa preventiva figuran la defensa contra los actos fraudulentos del deudor, a través de la acción revocatoria o pauliana; el vencimiento anticipado de la obligación a plazo cuando el deudor deviene insolvente y las medidas judiciales de aseguramiento, que son fundamentalmente el embargo preventivo (arts. 1.397 y 1.400 de la LEC), las medidas judiciales de aseguramiento del crédito (art. 1.428 de la LEC), y el secuestro conservativo (arts. 1.785 y 1.786 del Código Civil, y 42.4 de la LH), que es un depósito judicial que puede comprender los muebles o inmuebles y se traduce en la prohibición de enajenar o ineficacia de la disposición que eventualmente pudiera llevar a cabo el deudor. Las acciones a las que alude como protección al fraude son: las dirigidas a la conservación de la solvencia del deudor y la pauliana o revocatoria, de la que se ocupa el artículo 1.111 del Código Civil, inciso final, donde dice que los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, norma que, además, debe quedar integrada con lo dispuesto en los artículos 1.290 y siguientes, también del Código Civil. Distingue tal acción unos presupuestos: objetivos, que son los que atañen a la naturaleza y a la relevancia de los singulares actos del deudor y subjetivos, que son los que corresponden a la posición del acreedor, a la del deudor y a la del destinatario de los efectos del acto del deudor. Y los efectos que dicha acción contiene se concretan en el artículo 1.295 del Código Civil. El inciso final de este epígrafe trata de la protección del crédito en las obligaciones sinalagmáticas, para lo que dispone que es consecuencia del carácter sinalagmático de la relación obligatoria el principio de interdependencia o de reciprocidad, del que deriva la excepción de incumplimiento contractual, *exceptio non adimpleti contractus* y la idea consiste en que cada parte pueda rehusar el cumplimiento a su cargo mientras que la otra parte no cumpla su prestación (arts. 1.124 y 1.100 del Código Civil); y la resolución por incumplimiento.

De nuevo es el profesor V. L. MONTÉS PENADES el que en la lección trece estudia el fascinante tema de *las garantías del crédito*. Para ello comienza por definir la garantía como un refuerzo del crédito a efectos de seguridad, es una facultad o un derecho que se yuxtapone o añade al crédito para asegurar su satisfacción, es un derecho accesorio (así arts. 1.528, 1.207, 1.212 del Código Civil, entre otros). Dichas garantías suelen clasificarse en reales y personales, en función de la naturaleza del poder jurídico o derecho subjetivo que se concede al acreedor para refuerzo de la seguridad del crédito. Las «reales», en ellas la seguridad se obtiene a través de la concesión al acreedor de un poder jurídico, un derecho subjetivo sobre una determinada y concreta cosa del deudor o de un tercero, se trata de un poder que goza de la protección específica de los derechos reales: inmediatidad y oponibilidad *erga omnes*. Y las «personales», que son las que atribuyen al acreedor una facultad o derecho personal que no se dirige hacia una cosa concreta o determinada, sino hacia

el patrimonio del deudor, cuya responsabilidad de este modo se amplía o acrecienta o hacia el patrimonio de un tercero. Entre los temas que estudia en este epígrafe están: la pena convencional (1), las arras (2), el derecho de retención (3), la fianza (4), y las garantías independientes o autónomas (5). La pena convencional (1), también denominada cláusula penal, consiste en una convención accesoria estipulada como cláusula del negocio que contiene la obligación principal o convenida en negocio separado, por la que se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso o irregular de la obligación principal; en el Código Civil se considera accesoria la cláusula penal. El fundamento de la cláusula penal y la principal de sus finalidades no es tanto la garantía de realización de la prestación pactada sino la satisfacción de los intereses del acreedor por un camino diverso al del régimen legal de responsabilidad por incumplimiento. La clase que cumple o puede cumplir funciones de la cláusula penal es: sancionadora o agravatoria, sustitutoria u opcional. La regula el Código Civil en los artículos 1.152 a 1.154. Las arras (2) son la cantidad que uno de los contratantes entrega al otro como señal de cumplimiento de la obligación (art. 1.454 del Código Civil). El derecho de retención (3) consiste en la facultad de denegar la restitución de una cosa prolongando su posesión o tenencia, suspendiendo el deber de restitución hasta que se le abonen los gastos. El problema que plantea el derecho de retención consiste en la determinación del ámbito de oponibilidad de la facultad de continuar en la posesión de la cosa que el retenedor está obligado, en principio, a restituir. La fianza (4) es un tipo especial de garantía que se produce cuando un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor. El fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, obligándose personalmente respecto del acreedor. La fianza puede ser convencional, legal o judicial. Se puede también dar el supuesto de que varios fiadores garanticen a un mismo deudor frente al mismo acreedor y por una misma deuda, encontrándose todos los diversos fiadores situados en el mismo plano respecto de la obligación principal garantizada y a esto se le denomina confianza. Entre las garantías independientes o autónomas (5) se encuentran: las garantías o avales a primer requerimiento; los seguros de caución, y las de patrocinio o de confort.

En la lección catorce, nuevamente es el profesor V. L. MONTÉS PEÑADES el encargado de tratar otro importante tema como es el de *la concurrencia de acreedores*, de la que dice que cuando recae sobre el patrimonio de un único deudor se organiza sobre la base de una idea central: son todos de la misma condición. Distingue los conceptos de privilegio, que es una cualidad de un crédito que permite a su titular realizar el cobro antes que los demás acreedores, a los que en mayor o menor medida excluye cuando se realiza un determinado bien o de los bienes, en general, del deudor. Los privilegios se clasifican en especiales y generales. Y todos los privilegios presentan los siguientes caracteres: legalidad, excepcionalidad, accesoriedad, renunciabilidad indivisibilidad. Y se extingue por tres razones: pérdida de la cosa; transformación de la cosa y prescripción. *Prelación*, que en cambio, es el criterio con que el Código o la ley aplicable ordena la concurrencia o colisión de privilegios o créditos privilegiados sobre bienes determinados. El efecto del privilegio y de la prelación es la *preferencia* en el cobro: el crédito privilegiado se aparta del conjunto y no va a entrar en el reparto a prorrata; la prelación determina, dentro de los privilegiados, una mayor preferencia.

Ahora es el profesor J. ORDUÑA MORENO el que en la lección quince estudia el tema de la *modificación de la obligación*, de la que dispone que se produce cuando ha habido una alteración con transcendencia jurídica, pudiéndose dar un cambio en el deudor y también un cambio en el acreedor. Y acaba tal capítulo haciendo una mención especial a la cesión del contrato que la define como un fenómeno jurídico que viene representada por la transmisión en su conjunto de una relación obligatoria, esto es, de todos sus efectos o presupuestos (deudor, objeto y circunstancias de la prestación).

La lección dieciséis alude a la *extinción de la obligación*, además de las causas señaladas en el artículo 1.156 del Código Civil, establece el profesor J. ORDUÑA MORENO las siguientes: la compensación; la confusión de derechos; la novación extintiva; la condonación de la obligación; la imposibilidad sobrevenida de la prestación y el mutuo disenso y la decisión unilateral.

La lección diecisiete trata *el contrato*. Ahora es el profesor A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, el que analiza el tema, partiendo de su formación histórica y de las transformaciones acaecidas en su concepto llega a la más novedosa de sus actualizaciones con la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que tuvo por objeto efectuar la transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993. *Contrato* es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes. Tradicionalmente se ha distinguido entre: contratos consensuales y reales, onerosos y gratuitos, conmutativos y aleatorios, y formales y no formales.

Los *elementos esenciales del contrato* se analizan por la profesora M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ en la lección dieciocho, de los que dispone que no todos tienen el mismo significado, de ahí que algún sector doctrinal distinga entre elementos esenciales, naturales y accidentales. *Elementos esenciales* son aquellos que son indispensables para que se pueda hablar de contrato, entre ellos se encuentra el consentimiento, el objeto, la causa y la forma cuando su exigencia es *ad solemnitatem*. Pero desde la perspectiva del contrato se suelen distinguir entre dos tipos de formas: la llamada *ad substantiam*, que constituye un requisito esencial al contrato, de tal manera que hasta que no se cumple, dicho contrato no se ha perfeccionado; su falta, pues, acarrea la nulidad del mismo y la forma *ad probationem*, que es aquella cuya exigencia está relacionada con la eficacia del contrato, más que con su validez. *Elementos naturales* son aquellos que se integran en cada tipo contractual y que se imponen por el legislador a falta de una disposición en contrario de las partes, pues son los que por naturaleza corresponden a ese contrato, como sería la responsabilidad por evicción en la compraventa o la gratuidad en el mandato. *Elementos accidentales* son aquellos que por voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato, así sucede con la condición, el término y el modo. Además de la necesidad de estos elementos también se requiere como presupuesto de validez que se cuente con la capacidad suficiente para la realización del mismo y ello porque el contrato en cuanto manifestación de la autonomía individual vincula a la persona que lo celebra, de ahí que aluda la autora a los casos especiales del menor y del incapaz. Siendo el contrato un negocio bilateral requiere para su perfección coincidencia de voluntades, por eso se habla de consentimiento como manifestación de la autonomía de la voluntad, que puede ser expresa o tácita, dirigida a la celebración de dicho contrato. También el silencio es expresión de una voluntad y en cuanto a su significado el Tribunal Supremo le da el tratamiento de un consentimiento tácito.

Estudia también este epígrafe la figura del *autocontrato*, la cual puede suponer una quiebra de la bilateralidad del contrato, pues significa que una persona con su sola actuación da vida a una relación contractual de la que resultan vinculados dos patrimonios diferentes, tal figura se da en la representación. Por otro lado y en este mismo capítulo se analiza el objeto del contrato al que se refieren los artículos 1.271 y 1.273 del Código Civil, identificándolo con las cosas y servicios. El objeto del contrato es aquella realidad bien material bien jurídica sobre la que el mismo recae y sobre la que también se proyectan las obligaciones de las partes que nacen de ese contrato. Tal objeto ha de ser posible, lícito y determinado. Vuelve a adentrarnos en otros conceptos como en lo que se entiende por: causa del contrato, que el propósito o fin común que persiguen las partes con su celebración, y causa de la obligación, que es la razón jurídica de esa vinculación. También la «causa» como tal reúne una serie de requisitos que se concretan en existencia, veracidad y licitud.

La lección diecinueve analiza los *vicios en los elementos del contrato*, pero antes de comenzar su estudio al detalle, nuevamente es la profesora M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ la encargada de analizar la diferencia entre voluntad interna y voluntad declarada y lo hace exponiendo cuáles son los supuestos concretos de discrepancia entre una y otra, concretándose en reserva mental, error obstativo, violencia absoluta y simulación. Distingue entre: *vicios de la voluntad*, que son los defectos que puede sufrir la voluntad interna en su proceso de formación. Se regulan en los artículos 1.265 a 1.270 y 1.301 del Código Civil, tales preceptos fijan los requisitos que deben concurrir para su relevancia y su ineficacia. Y tales vicios son: el error, la violencia, la intimidación y el dolo; *vicios del objeto* en los que se dan las siguientes causas: imposibilidad, ilicitud e indeterminación; *vicios de la causa*, para los cuales concurren los siguientes defectos: inexistencia de causa, falsedad de la causa y causa ilícita.

La lección veinte trata la *formación del contrato*, para lo que comienza diciendo que el contrato se perfecciona cuando coinciden la *oferta* y la *aceptación* sobre el objeto y la causa (art. 1.262 del Código Civil). La «oferta» consiste en una declaración de voluntad emitida por una persona con intención de obligarse, que contiene todos los elementos del futuro contrato, y la reglamentación que se pretende, y cuyo destinatario es otra persona o categoría de personas, de manera que sea suficiente para integrar el consentimiento contractual. La «aceptación» es aquella mediante la cual el destinatario o destinatarios de la oferta declaran su voluntad de celebrar el contrato.

La alusión en este capítulo a la figura del *precontrato* o promesa de contrato, acoge la definición dada por el profesor DE CASTRO, «es un auténtico contrato con el que comienza un iter negocial complejo por el que se deja a la iniciativa de una o ambas partes la puesta en vigor del contrato para un momento posterior». Es bilateral. Para su celebración es precisa la misma capacidad que para el contrato definitivo. La forma es también la misma, debiendo cumplir los requisitos *ad solemnitatem* y, por último, ha de contemplar todos los elementos del contrato.

La *interpretación del contrato* se alcanza en la lección veintiuno y el profesor A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, tras hacer un recorrido por las connotaciones dadas por la doctrina, llega al estudio de la exégesis de las normas legales de interpretación contenida en los artículos 1.281 a 1.289, todos ellos del Código Civil.

La lección veintidós trata la *eficacia del contrato*. Es ahora la profesora M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, la que, igual que hiciera en otras lecciones, hace un magistral estudio del tema y comienza por una disposición del Código Civil el párrafo primero del artículo 1.257, el cual, literalmente, es como sigue: «Los contratos sólo producen efectos entre las partes que lo otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley». Mientras que el párrafo segundo de dicho precepto alude a contrato en favor de tercero: «Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada». Pero también puede darse el supuesto de celebración de un contrato en el que una de las partes, *estipulante*, se reserva la facultad de elegir un tercero para que le sustituya en su posición contractual, frente al que quedará unida la otra parte en el contrato, llamado *promitente*. El ejercicio de esta facultad se concreta en el acto de elección: *electio*.

Si la lección anterior trató la eficacia del contrato, ahora la lección veintitrés estudia la *ineficacia del mismo* y es también la profesora M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ la autora de tal epígrafe, pero al acusar tal materia escasa de rigor técnico, trata la misma desde una perspectiva global y mantiene que un contrato es ineficaz cuando no produce ningún efecto, aunque también se puede entender tal ineficacia como sanción. Se tratan conceptos como nulidad (1), anulabilidad (2), y rescisión (3). La *nulidad* es la sanción más fuerte que se puede imponer al contrato, en cuanto supone que éste *ab initio* no produce ningún efecto que le es propio. Se *caracteriza* por tener su origen en un defecto estructural, implica una carencia absoluta de efectos «ex productis», opera *ipso iure* y tiene carácter definitivo. Son *causas* de la nulidad: la falta de alguno de sus elementos esenciales: consentimiento, objeto, causa y forma *ad solemnitatem*, si falta el consentimiento unánime de los copartícipes en situaciones de cotitularidad, la ilicitud de algunos de sus elementos y la vulneración de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público. La *anulabilidad* es un tipo de ineficacia contractual que depende del ejercicio de la acción correspondiente por la persona legitimada para ello, produciendo hasta entonces el contrato sus efectos normales. Sus *caracteres* tienen su origen en defectos estructurales del negocio, produce sus efectos hasta que no sea declarada dicha nulidad, tiene eficacia claudicante, se concibe para la protección de determinados intereses, para el ejercicio de la acción se establece un plazo de caducidad, que es de cuatro años, y el defecto puede ser sanado mediante la confirmación del negocio por la persona afectada. Sus *causas*: los vicios de la voluntad, los contratos celebrados por menores e incapaces y los realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro. Y, por último, la *rescisión*, que es un tipo de ineficacia que se configura como un remedio jurídico puesto al servicio de intereses legalmente determinados, cuyos titulares sólo pueden utilizar de forma subsidiaria. Sus *caracteres*: son contratos que no adolecen de defectos o vicio, pero en los que sus efectos pueden dañar concretos intereses, es inicialmente eficaz hasta que no sea rescindido y tiene carácter subsidiario. Sus *causas*: contratos que pudieran celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas; los celebrados por los representantes del ausente; los celebrados en fraude de acreedores; los que se refieren a cosas litigiosas cuando hubiesen

sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad Judicial competente y cualquier otro que se determine en la ley.

Llega el momento de analizar los *cuasicontratos* y tal figura la estudia la lección veinticuatro. Su definición nos la proporciona el artículo 1.887: «son los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». Se trata de obligaciones que no surgen ni de contrato ni de actos ilícitos, pero tampoco pura y simplemente de la ley, sino que la ley en el supuesto de hecho generador de las obligaciones requiere un comportamiento humano lícito y voluntario. Paralelamente a esto y con mucha frecuencia, la jurisprudencia invoca la existencia de un principio o regla, según el cual quien se enriquece injustamente o sin causa a costa de otro debe restituir el importe del enriquecimiento; idea que presenta dificultades por la formulación que se le ha dado. De ahí que se hable de que en determinados tipos de casos es posible proceder a examinar si una atribución patrimonial o enriquecimiento obtenido a costa ajena, tiene suficiente fundamentación desde el punto de vista jurídico, esto es, si se encuentra presente en esos casos una causa que fundamente tales atribuciones, por eso resulta hablar, dispone el autor, de enriquecimiento sin causa, mejor que de enriquecimiento injusto, y ejemplos básicos de este enriquecimiento sin causa son: la *condictio* de prestación; la *condictio* por intromisión y la *condictio* por inversión.

Después del estudio de este tema se analiza el también importante Derecho de daños, al que se dedican las lecciones veinticinco a veintinueve, su autor, el profesor E. ROCA I TRÍAS, en primer lugar, en la lección veinticinco trata la *responsabilidad civil extracontractual*. Daño es el perjuicio que se deriva bien del incumplimiento del contrato, bien de la cesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar, o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo. Al hablar de responsabilidad, el artículo 1.902 del Código Civil dispone, «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Por tanto, el sistema español parte de la responsabilidad llamada por culpa, cuyos elementos son: a) Inversión de la carga de la prueba; b) Elevación del nivel de diligencia, y c) El mantenimiento de una responsabilidad por culpa. Pues bien, la diferencia entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual estriba en lo siguiente: cuando se produce el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, existe la necesidad de exigir el cumplimiento de un interés individual, el del acreedor, que puede pedir al deudor incumplidor el resarcimiento de los perjuicios que el incumplimiento le ocasionó. Existe, por tanto, un deber previamente pactado, existe una relación jurídica previa y el sistema de responsabilidad derivado del contrato tiene como finalidad asegurar al perjudicado el beneficio que se buscó con la obligación pactada. *En cambio*, el sistema de responsabilidad extracontractual sólo se refiere a la compensación de lesiones producidas por acciones u omisiones no debidas. En el primer caso, el interés protegido es el contrato; en el segundo existen muchos intereses protegidos, los que tienden a asegurar el resarcimiento de daños en las personas y en las cosas. El plazo de prescripción de las acciones también es distinto, quince años, si se trata de responsabilidad derivada de contrato, y un año, en la extracontractual.

La lección veintiséis se ocupa del *acto ilícito*, la obligación *de resarcir* requiere la concurrencia en los siguientes requisitos: que se haya cometido una acción u omisión voluntaria que haya provocado un daño; que se haya producido un daño y que el daño sea consecuencia de la conducta llevada a cabo por el sujeto imputable (relación de causalidad). Las responsabilidades pueden ser: por acto propio; por hecho ajeno; por daños causados por animales y, finalmente, por daños causados por cosas inanimadas.

La lección veintisiete estudia los *presupuestos para el nacimiento de la obligación de reparar: el daño y la relación de causalidad*. La obligación de indemnizar existe porque la víctima de tal acción u omisión ha sufrido un daño, ya sea material, ya sea moral. Daño injusto que obliga a la reparación es aquél que supone una lesión de un interés jurídicamente relevante. Para que el daño sea indemnizable debe ser cierto. Los daños por su naturaleza pueden ser: materiales y morales; por su duración: duraderos, continuados y sobrevenidos; daños a la integridad física de las personas; lesión del derecho al honor, la intimidad y la imagen; daños derivados de relaciones familiares, daños al medio ambiente. Por otro lado, se entiende por relación de causalidad lo siguiente: para que exista obligación de reparar un daño es necesario que éste haya sido producido, causado, por la acción u omisión que puede atribuirse a determinado sujeto. Es necesario, pues, que exista una relación de causalidad entre *acción* y resultado, *daño*.

La lección veintiocho habla de *la obligación jurídica de reparar el daño*, pues la deuda en que la obligación de reparar consiste es una deuda de valor, es ilíquida y no es personalísima. Las formas de reparar son: por resarcimiento en forma específica y pecuniaria o por equivalente. Surge así la acción de responsabilidad. Pero también la doctrina española y europea identifica la prevención del daño causado a las posibles víctimas con el seguro de responsabilidad civil, pues, se trata de un sistema que permite resarcir los daños sin dejar de realizar la actividad que los provoca.

Por último, la lección veintinueve analiza los *supuestos de responsabilidad con regulación especial* entre los que se encuentran: la responsabilidad por daños causados en la navegación aérea; la responsabilidad por daños nucleares; la responsabilidad por daños producidos en la caza y la responsabilidad por uso de vehículos de motor. El caso especial lo constituye la responsabilidad frente al consumidor y usuario, de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Termina esta magna obra con el estudio de los contratos en particular, a los que dedica las lecciones treinta a cuarenta y una, inclusive, y en las que trataremos brevemente de recoger las pinceladas más sobresalientes. En la lección treinta trata los *contratos traslativos de dominio a título oneroso (I): la compraventa*, y que redacta el profesor A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, y es que la categoría bajo la cual se incluyen todos aquellos contratos que tienen por finalidad la transmisión de una cosa a título oneroso: la compraventa en sus distintas variedades y modo de prestación y la permuta.

En la lección treinta y uno alude a los *contratos traslativos del dominio a título oneroso (II): la compraventa y la permuta*, y es nuevamente el profesor A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ el encargado de su estudio, continúa el trabajo elaborado en el capítulo anterior y trata más concretamente la permuta que define el artículo 1.538 del Código Civil, indicando que es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra. La permuta es trueque o intercambio de una cosa por otra. La permuta es un contrato de naturaleza consensual. Es también oneroso y sinalagmático, generando el

nacimiento de las respectivas obligaciones de entrega de las cosas objeto del contrato, cuya titularidad se transfiere mediante la tradición.

La lección treinta y dos analiza el *contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación*. Su redactor es el profesor E. ROCA I TRÍAS. La donación es un contrato en cuya virtud una parte, donante, atribuye bienes a otra, donatario, sin contraprestación por parte de éste. La consecuencia es, pues, el enriquecimiento del patrimonio del donatario a costa del correlativo empobrecimiento del donante.

Los *contratos de uso y disfrute (I): arrendamiento de cosas en general y arrendamientos urbanos*, los trata la profesora M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ en la lección treinta y tres. Los contratos de uso y disfrute son aquéllos en los que una persona cede a otra una cosa no consumible para que la goce o use y se la devuelva a la finalización del contrato, bien a cambio de una contraprestación, bien con carácter gratuito (entre ellos se incluye el arrendamiento de cosas, el comodato...). En el arrendamiento de cosas, una de las partes, llamada arrendador, se obliga a dar a la otra, denominada arrendatario, el goce o uso de una cosa, o simplemente su uso, por precio cierto y tiempo determinado (arts. 1.543 y 1.546 del Código Civil). Es un contrato consensual, bilateral y conmutativo. La relación arrendaticia es de tracto sucesivo. Reúne los requisitos de: precio cierto y tiempo determinado. Sujetos son: el arrendador, al que se obliga a ceder el uso de la cosa, y el arrendatario, al que la usa o disfruta a cambio de un precio. El arrendador se obliga a entregar la cosa y debe mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento. La terminación del arrendamiento es el *desahucio*, procedimiento este regulado en los artículos 1.561 y siguientes de la LEC, de carácter sumario, en el que el arrendador puede pedir el lanzamiento del inmueble arrendado por las causas que regula el artículo 1.569 del Código Civil. También el Código Civil autoriza al arrendatario en el artículo 1.550 a subarrendar en todo o en parte la cosa objeto del contrato, a no ser que se haya prohibido expresamente. Mediante el *subarriendo*, se crea una nueva relación arrendaticia entre el arrendatario, como subarrendador, y el tercero, como subarrendatario, su extensión y vigencia se subordina a la principal entre arrendador y arrendatario.

Especial mención es la que merece el tratamiento de la legislación atinente a los arrendamientos urbanos y a la que la autora dedica la mayor parte de esta lección, haciendo un recorrido por la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobada el 24 de noviembre de 1994, que da un giro importante al criterio mantenido, pues, en principio, sustituye la clasificación tradicional de inquilinato y locales de negocios por la de arrendamientos de vivienda y los destinados a usos distintos; desaparecen la prórroga forzosa del contrato, la inmovilización de la renta y toda una filosofía de los arrendamientos urbanos que atrapaba al propietario en una relación jurídica difícil de escapar, y a partir de aquí, la conservación de algunas soluciones, como el derecho de adquisición preferente, la transmisión *inter vivos* y *mortis causa*, entre otros ejemplos, adquieren una nueva dimensión. Ello además de otras disposiciones que actualizan el régimen de los arrendamientos a las previsiones legislativas en materia de nulidad, separación y divorcio en lo que respecta a la vivienda familiar, cuando la misma se disfruta a título de arrendamiento; también se tiene en cuenta el matrimonio o la convivencia *more uxorio* al reconocer un derecho sobre la vivienda al cónyuge o conviviente no titular del arrendamiento. La Ley se contempla con otras medidas y entre ellas destaca la posibilidad de acceso al Registro de todo arrendamiento, la atención a los minusválidos,

etc. Y, finalmente, se contienen en la nueva LAU una serie de disposiciones transitorias que aluden a un complejo sistema de reglas.

La lección treinta y cuatro estudia los *contratos de uso y disfrute (II): arrendamiento rústico, comodato y precario*, su autora, M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ vuelve a efectuar un magistral análisis de la materia como hiciera en el anterior epígrafe. La Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, parcialmente reformada por la Ley 19/1995, de Modernización de la Explotación Agraria, de 4 de julio, se analiza desde la perspectiva de la función social de la propiedad, más concretamente, de la propiedad agraria, que se justifica por ser el suelo agrícola un bien escaso del que depende la obtención de recursos de gran importancia para la población y la economía en general. La LAR acoge en su seno la generalidad de los contratos de arrendamientos rústicos por los que se ceden temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de precio o renta. Sujetos son el arrendador, titular dominical o de otro derecho real de goce, como usufructuario, superficiario, censalista u otro análogo y el arrendatario que será: un profesional de la agricultura o un cultivador personal.

Otra de las materias que trata la lección es la figura del *comodato* que se define como un tipo contractual por el que una de las partes (comodante) entrega a la otra (comodatario) una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva; tal contrato es esencialmente gratuito. Es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa y es de carácter unilateral.

También alude al *precario*, más que un contrato se trata de una situación jurídica en la que una persona posee una cosa ajena, con carácter gratuito, y que debe entregar a su dueño o titular cuando le sea reclamada. Al precario se refiere el artículo 1.565.3 de la LEC, como causa de desahucio, identificándolo con aquella situación en la que se encuentra una persona disfrutando de una finca sin pagar merced.

Las lecciones treinta y cinco y treinta y seis tratan los *contratos de servicios (I) y (II)* y entre ellos la prestación de servicios y ejecución de obra, el mandato y el depósito, ambas lecciones son redactadas por el profesor F. CAPILLA RONCERO, en el contrato de servicios (o arrendamiento de servicios) una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto, es consensual; las partes son el prestador del servicio y el patrono o cliente. La prestación es de mera actividad, es un contrato oneroso en el que siempre debe existir contraprestación o servicio y su precio ha de ser cierto. El *contrato de obra* es aquél por virtud del cual una parte (contratista) se obliga frente a la otra (comitente o dueño de la obra) a ejecutar una obra y entregársela a cambio de un precio cierto. El transporte, como modalidad del contrato de obra destaca autónomamente, por él el transportista o porteador se obliga a trasladar personas o mercancías de un lugar a otro. El *mandato* por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otro. Se caracteriza, pues, por la realización de actos de gestión consistentes en el desarrollo de actos jurídicos por cuenta del mandante o principal. El mandatario gestiona los asuntos del mandante. El *depósito* se constituye desde que uno recibe la cosa ajena en la obligación de guardarla y de restituirla. El depósito puede ser judicial, que es el constituido por la autoridad judicial que decreta el embargo o aseguramiento de los bienes litigiosos; se conoce con el nombre de secuestro y extrajudicial o depósito propiamente dicho, que es el contrato.

Los *contratos de financiación* son tratados por la lección treinta y siete y lo hace el profesor F. BLASCO GASCÓ, y consisten en la entrega de una determinada cantidad dineraria para que sea restituido otro tanto más, en su caso, los intereses pactados. El sujeto puede optar entre tres vías: renunciar al bien, ahorrar la cantidad de dinero suficiente que le permita adquirir el bien a su uso y disfrute, o acudir a un tercero que le financie dicha adquisición de la propiedad o del disfrute. Entre ellos cabe destacar: el préstamo mutuo o simple, el préstamo mutuo con interés y la Ley de Usura y los contratos de leasing.

Los *contratos societarios* los menciona la lección treinta y ocho, también los trata el profesor F. BLASCO GASCÓ, en ellos destaca la sociedad civil. La sociedad se define como aquel contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Es un contrato consensual, oneroso, conmutativo o plurilateral, normalmente duradero o de tracto sucesivo y con determinadas precisiones sinalagmático.

También alude a los *contratos de aparecería o parciarios* que son aquéllos que se caracterizan por el hecho de que una parte realiza una prestación en favor de otra a cambio de participar en una cuota o parte de los resultados o frutos obtenidos por ésta por el uso o disfrute de aquella prestación. En él los sujetos van a partes en los resultados obtenidos por uno de ellos en la prestación realizada por el otro.

La lección treinta y nueve, y en ella el profesor J. ORDUÑA MORENO habla de los *contratos aleatorios*. En ellos una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o a hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado. Se manifiesta en orden a la causa como presupuesto del contrato.

También analiza la *renta vitalicia* en la que se obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se transfiere desde luego con la carga de la pensión.

Contrato vitalicio, es un contrato autónomo, innominado y atípico, en él las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y término que convenga mediante la contraprestación que fijen.

La alusión al *juego* y a la *apuesta*, a los que el Código Civil se refiere sobre sus consecuencias patrimoniales y sobre su licitud (arts. 1.798 a 1.801).

El *contrato de seguro*, que es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

La lección cuarenta estudia los *contratos en la litis*, destacando la transacción y el arbitraje. Tema profundamente estudiado por V. L. MONTÉS PENADES, la *transacción*, que es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado. El *arbitraje*, mediante el cual, las personas, naturales o jurídicas, pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que pueden surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

Y, por último, y poniendo fin al manual, la lección cuarenta y uno analiza los *contratos de explotación de la propiedad intelectual*. F. CAPILLA RONCERO

mantiene que estos contratos tienen la particularidad de que, mediante ellos, el autor *cede* normalmente a un empresario los derechos de explotación pertinentes, como medio de rentabilizar su creación, dado que, comúnmente, el propio autor carece de los medios necesarios para explotar adecuadamente su obra. Y entre los principales contratos típicos se encuentran: el contrato de edición, el contrato de representación teatral y ejecución musical y el contrato de producción de obra audiovisual.

Hemos contado, en mi humilde opinión, con un libro de una gran bondad técnica e intelectual, con un libro capaz de acercar a los estudiantes al apasionante mundo de las obligaciones y de los contratos, para lo que sus autores han empleado un sencillo lenguaje capaz y a simple lectura de dejar gratamente aclarados todos los numerosos conceptos que en el mismo se contienen y condensan. Mi agradecimiento a todos sus autores por la realización de esta magnífica obra.

ISABEL MORATILLA GALÁN

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO Y OTROS: *Derechos civiles de España*. Publicación del Banco Santander Central Hispano, Editorial Aranzadi, Madrid, 2000. Nueve tomos con un total de 5512 págs.

Aquí tenemos, como vamos a ver, una auténtica obra enciclopédica que recoge toda la actual variedad de la normativa jurídica civil vigente en España. Variedad que, como todos sabemos, no es reciente sino secular, pero que ahora es cuando se está manifestando de modo más exultante. El origen del problema está en que en cada uno de los distintos reinos y territorios que conformaron lo que sería España a partir de los Reyes Católicos, y frente al Derecho común que era el romano-canónico, había normas especiales, a veces privilegios, otorgados por reyes o señores o paccionados con ellos, amén de particulares usos y costumbres consentidos o impuestos.

A partir del siglo xv el Derecho real de Castilla desplaza al Derecho romano y logra el valor de Derecho común, que se reflejó en las Partidas y la Nueva Recopilación; pero, a su lado, subsistieron los regímenes que después se han llamado forales, constituidos por aquellos antiguos fueros, usos y costumbres.

El siglo xviii se caracteriza por la tendencia a la expansión a toda la península del Derecho castellano, encarnada especialmente en los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, en los años 1707 y siguientes. El nieto de Luis XIV estaba educado en un ambiente de rígida centralización; a esto se añadió la actitud seguida en la Guerra de Sucesión por los territorios de la antigua Corona de Aragón. El caso es que los Decretos de Nueva Planta acabaron con la autonomía legislativa y las particularidades jurídicas y administrativas de aquellas regiones, aunque no de modo radical, pues se dejaron subsistentes algunas especialidades, sobre todo de Derecho privado.

La historia sigue con las claras tendencias unificadoras del Derecho civil que se plasman en el conocido precepto de la Constitución de Cádiz de 1812, y lo mismo se manifiesta en el fracasado proyecto del Código de 1851, por lo que hubo de acudir a las leyes generales en materias especiales como la Hipotecaria de 1861, la de Aguas de 1866 y las de Matrimonio y Registro Civil de 1870.

Los avatares de la codificación son bien conocidos y no es preciso reflejarlos ahora. El dato histórico indiscutible es que la publicación del Código Civil en 1889 dejó sin resolver la llamada «cuestión foral», y a que éste sólo entró a regir en una parte y no en todo el territorio nacional, mientras que en las regiones forales subsistirían disposiciones civiles de naturaleza propia, con muy diferentes alcance, extensión y significado.

Como consecuencia del Congreso de Derecho civil de Zaragoza se pretendió superar el problema mediante un nuevo sistema de integración de las normas forales, distinto del fracasado de los apéndices, y así aparecerían las distintas Compilaciones que se llamaron de Derecho Civil Foral en los casos de Vizcaya y Alava (30 de julio de 1959), Aragón (3 de abril de 1967) y Navarra (1 de marzo de 1973), y de Derecho Civil Especial en Cataluña (21 de julio de 1960), Baleares (19 de abril de 1961) y Galicia (2 de diciembre de 1963).

La Constitución de 1978, al conceder competencia legislativa a las Comunidades Autónomas y especialmente en materia civil en aquéllas donde existan estos regímenes forales, ha venido a cambiar totalmente el panorama, pues ya no se tratará de normas particulares sino de verdaderos sistemas con total autonomía, en el sentido de no dependientes de un Código Civil general; éste deja de ser, según parece, un núcleo central respecto a las normas «periféricas», como antes se quería concebir.

Quien, como el que esto escribe, ha de leerse a diario los Boletines autonómicos puede dar fe de que las Comunidades están usando y hasta abusando de las competencias legislativas que les fueron concedidas por el artículo 149-1-8 de la Constitución. Lo cierto es que es tal el número de árboles legislativos que están naciendo, que es ya difícilísimo poder ver en perspectiva el bosque de nuestro completo ordenamiento jurídico.

Por eso hay que felicitar al Banco Santander Central Hispano al patrocinar la edición de esta verdadera enciclopedia del Derecho privado, vigente en las distintas partes de España, facilitándonos saber cuáles son las normas vigentes en cada territorio. Porque hasta en los de Derecho común hay ya disposiciones especiales que vienen a limitar y hasta modificar el Código en partes tan esenciales como la propiedad y la ordenación del suelo, por no decir otras tantas materias afectadas.

La obra, presentada por el profesor BERCOVITZ en la parte doctrinal, y por el Director General del Banco, JULIÁN MARTÍNEZ SIMANCAS, se compone de nueve volúmenes, bien encuadrados, con un contenido tan múltiple como completo, donde el profesional puede hallar toda la normativa vigente en cada uno de los territorios españoles, con los correspondientes comentarios de las instituciones y figuras jurídicas peculiares de las respectivas regiones. Varios prestigiosos profesionales y letrados del Banco editor componen un bien informado elenco de autores de los diversos trabajos, totalizando más de doscientas valiosas colaboraciones. Con esto se supone que en una recensión de extensión forzosamente limitada es imposible entrar en el detalle de los trabajos, teniéndonos que ceñir tan sólo a dar noticia sucinta de la obra y comentar sus líneas generales.

Volviendo a la idea que decíamos, el sistema de las autonomías se caracteriza por el reconocimiento constitucional de una pluralidad legislativa que ha dado lugar a un complejo y frondosísimo ordenamiento jurídico, cuya comprensión no resulta fácil para los profesionales del Derecho. El profesor BERCOVITZ, en el prólogo de la obra, nos explica que esta complejidad se extiende también, cómo no, al Derecho Civil, la rama jurídica que tradicionalmente

se ha considerado la vertebradora de las relaciones de la persona con su entorno social. Porque las Comunidades Autónomas en las que había Derecho foral no sólo se han limitado a regularlo para procurar su conservación, modificación o desarrollo, como dice la Constitución, sino que, lo mismo ellas que las que pudiéramos llamar de Derecho común, han extendido su catarata normativa a espacios un tanto genéricos, colindantes con el Derecho administrativo; se han regulado las propiedades especiales, el urbanismo, la agricultura, el comercio interior, consumo, cooperativas, asociaciones, guarda y protección de menores y otros ámbitos familiares y cuasi familiares. Por tanto, esta enciclopedia viene a llenar un espacio de gran utilidad en cuanto que nos proporciona una completa muestra de las regulaciones que actualmente tienen vigencia en los sistemas que integran nuestro ordenamiento jurídico.

Para estudiar el Código Civil y el Derecho común tenemos el Castán o cualesquiera otros de los buenos tratados de los civilistas actuales. Para estudiar las normas forales y la legislación postconstitucional habremos de acudir a esta obra.

Y vamos ya con el intento de mostrar su contenido. En el capítulo I hay dos valiosos estudios de tipo histórico, el primero del profesor PESER, que expone el iter de los Derechos forales desde el antiguo régimen al liberalismo, y el segundo, del profesor BALLARÍN HERNÁNDEZ, que transcurre desde las compilaciones a la transición. Se completa la primera parte de la obra con un buen trabajo del profesor BERCOVITZ, donde estudia la doctrina emanada del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1 de la Constitución, detallando cómo deben entenderse los incisos de este precepto en la difícil tarea de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades en materia de Derecho civil en sus sentencias más salientes, que comenta.

El resto del tomo I se dedica al País Vasco, exponiendo su parte general y las normas referentes a las personas jurídicas, derechos reales, familia y sucesiones, en doce documentados trabajos que resumen el contenido de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, que ha venido a sustituir a la Compilación de 1959.

Los tomos II y III se ocupan de Cataluña, la Comunidad Autónoma que más ha legislado en materia de Derecho civil, hasta el punto de que abomina expresamente de la concepción de las compilaciones y empieza a titular a sus normas con el rótulo de «Código», así el de Sucesiones y el de Familia, en una evidente puja por conseguir una regulación articulada y completa de su sistema iusprivatista. Así lo tiende a conseguir mediante la anunciada aparición de otro «Código», el de materia patrimonial. El futuro dirá, pero de momento no han parado de legislar.

Por eso han necesitado dos tomos enteros de esta obra. En el II se comprenden veintidós estudios sobre temas generales, personas, obligaciones y derechos reales. En el III se comprenden las instituciones más tradicionalmente mantenidas como distintas y que son las relativas a las relaciones familiares y sucesiones. Los aspectos familiares se desarrollan en siete trabajos que explayan y comentan el llamado «Código de Familia» de 30 de julio de 1998, y otro estudio más que comenta la ley de parejas de hecho, promulgada el mismo día, pero aparte del «Código», quizá por las dudas sobre su competencia o inconstitucionalidad del texto que tuvieron sus redactores y que todos tenemos. En cuanto a sucesiones, otros siete estudios nos muestran las características más destacadas de la especial regulación catalana sobre la materia.

En el tomo IV se incluyen tres Comunidades que son Galicia, Andalucía y Asturias. Sólo la primera de ellas tiene un relativamente escaso antecedente foral, por las características de su especial conformación de la vida rural, que se plasmó en la Compilación de 1963. Ahora rige la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, a la que se ha añadido otra Ley de 1997 sobre la familia, la infancia y la adolescencia. Quince autores se encargan, en sus correspondientes trabajos, de exponernos el sistema jurídico gallego.

Andalucía no ha sido nunca región foral y por ello su legislación autonómica es más bien de especialidades rayanas en el Derecho Administrativo, tales como la reforma agraria, tema característico de aquellas tierras, y cuya ley ha sido objeto de fuertes críticas de competentes agraristas. Las nuevas normas andaluzas sobre personas, cooperativas, consumo, derechos reales, urbanismo, ordenación agraria y familia, se recogen en ocho artículos; me llama la atención el último donde se quieren equiparar las llamadas «costumbres holgazanas o cordobesas» con el régimen de comunidad del Fuero de Baylío.

El Principado de Asturias está representado por siete estudios, de carácter general, personas, fundaciones, ordenación agraria y la típica figura sucesoria del «casamiento en casa»; salvo esto último, como se ve, son normas que si bien pueden afectar a la esfera privada, tienen un fuerte componente administrativo.

En el tomo V se comprenden Cantabria, La Rioja, Murcia y Valencia, regiones todas ellas de tradicional Derecho común, donde rige el Código Civil en toda su amplitud, por lo que las nuevas normas regulan más bien instituciones reguladoras del suelo o referentes a la guarda y custodia de los menores.

En Cantabria, cinco autores nos exponen el estatuto del consumidor, las juntas vecinales y la ordenación agraria. En La Rioja, el profesor PEDRO DE PABLO se pregunta si realmente existe un Derecho civil riojano, y en otro trabajo se expone la especial Ley de Protección al Menor, y a eso y poco más se reducen las especialidades de esta región. Algo parecido ocurre en Murcia, donde sólo se nos da noticia de las normas generales y de las especiales sobre urbanismo y ordenación agraria.

Valencia, justo es decirlo, tiene más historia en materia foral, ya que tuvo sus propias regulaciones tradicionales que don Felipe V se encargó de abolir, y esta vez sin reponerlas a posteriori. Aun ahora mantiene sus instituciones, alguna tan secular como el Tribunal de las Aguas; por todo ello, la materia es más amplia que en las otras regiones que componen este tomo. Once trabajos se dedican a estudiar la parte general, las normas de protección a los menores, las fundaciones, el consumo, el patrimonio cultural, el urbanismo y la ordenación agraria, con especial referencia a los arrendamientos históricos, de rancio arraigo, y a la regulación del agua para riego, tesoro para las tierras valencianas.

El tomo VI se dedica a las Comunidades Autónomas de bien distinto sentido, pues Aragón es esencial y tradicionalmente foralista, mientras que Castilla-La Mancha tiene muy pocas especialidades normativas. Efectivamente, Aragón es depositaria de un fondo jurídico propio en materia de familia y sucesiones y su historia foralista se reflejó ya en el Apéndice de 1925, única pieza legal de esta forma, pasando después a la Compilación de 8 de abril de 1967. Actualmente tenemos como reciente la Ley de Sucesiones de 11 de febrero de 1999. La última ley es la de parejas de hecho, de 6 de octubre del

mismo año, copia de la catalana, que ni siquiera ha llegado a tiempo para ser recogida en este libro. Son dieciocho los estudios que se comprenden en el libro sobre la especial normativa de Aragón y se refieren a su parte general, donde impera el típico «*Standum est Chartae*», a las personas, obligaciones, derechos reales y, más ampliamente, por la importancia que merecen, las instituciones familiares y sucesorias; estas últimas están recogidas ya de la Ley de 1999, que viene a reformar un tanto el tradicional sistema aragonés, tal como ocurre, en concreto, con el testamento mancomunado al que ahora se le da una aplicación muy ampliada y un tanto anormal.

En Castilla-La Mancha diremos igual que en las otras regiones no forales; rige por completo el Código y sólo se presentan cuatro estudios sobre sistemática jurídica general, protección al menor y legislación urbanística manchega. No existe un Derecho Civil de Castilla-La Mancha, sino un Derecho Civil en Castilla-La Mancha que es, como se ha dicho, el Código Civil.

El tomo VII tiene también dos partes bien distintas, pues primero se ocupa de Canarias, cuya principal especialidad es el agua y el turismo y poco más. En cambio, Navarra es región foral por excelencia, pues hasta titula de forales sus actuales leyes.

Ocho autores se ocupan del Derecho vigente en Canarias, tratando su planteamiento general, la normativa sobre fundaciones y la correspondiente al turismo, fuente allí de abundantes ingresos; los temas agrarios son importantes, empezando por las llamadas «serventías», para seguir con el régimen de las aguas, tema tan vital y especial que incluso tiene una ley distinta de la nacional y que merece el estudio de tres autores.

El Derecho foral navarro tiene solera, pues se basa en antiguísimos fueros y costumbres, dulcificados por el Derecho romano y el canónico. Su Compilación era de 1 de marzo de 1973, y en la actualidad rige la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, que, según nos dicen, para adaptarse al principio constitucional de igualdad, se ve obligada en ocasiones a alterar algunas normas del Derecho histórico navarro. La exposición general corre a cargo del profesor RUBIO TORRANO y le siguen otros cuatro trabajos sobre fundaciones, obligaciones, patrimonio y fiducia, para terminar con otros ocho estudios sobre familia y sucesiones, partes estas que constituyen lo más importante y genuino del Derecho Foral de Navarra.

El tomo VIII se parece al anterior en cuanto que comprende dos regiones, una foral y la otra no, o poco menos. Hablamos de Baleares, muy foral, y Extremadura, en la que sólo existe como especialidad el Fuero de Bayllo, rigiendo el Código en lo demás. Pero, en fin, ahí está la tradición, derivada, según parece, de las Ordenações Manoelinas procedentes de Portugal. En este tomo se insertan dos estudios sobre el tema y hay otros seis sobre generalidades extremeñas, acogimiento familiar, cooperativas, caza, y el llamado derecho de apostar, también característico de aquellas tierras donde se dan aprovechamientos separados sobre una misma finca.

A las Islas Baleares también llegó la guadaña del Decreto de Nueva Planta, y aunque se mantuvo el Derecho privado encarnado en las Pragmáticas y privilegios, quedaron cegadas para lo sucesivo las fuentes de producción jurídica. Al llegar el Código, en su artículo 13 se estableció su vigencia, aunque respetando las disposiciones forales o consuetudinarias que estuvieran vigentes. De ahí se pasó a la Compilación de 1961 y el último escalón, por ahora, es la Ley balear 8/1990, donde se recogen las instituciones allí vigentes, con las especialidades de las Islas Pitiusas. El profesor TORRES LANA nos da una

panorámica del Derecho civil isleño, y le siguen varios estudios sobre el régimen económico matrimonial y las sucesiones, amén de otros sobre turismo, urbanismo, sociedad rural menorquina y el «estatge» o derecho de habitación peculiar; el último trabajo se refiere a las especialidades sucesorias en Ibiza y Formentera.

El tomo IX, último de la enciclopedia, hace una recogida de normas de Comunidades que tienen muy poco de especiales, pues son de total Derecho común. Empieza Madrid como Comunidad Autónoma, con siete estudios sobre generalidades, protección al menor, fundaciones, fianzas y arrendamientos urbanos. Castilla y León se refleja en cuatro estudios sobre generalidades, defensa del consumidor, comunidades históricas sobre la tierra y caza. Y cierran la fila de las autonomías las dos últimas ciudades que la han conseguido, que son Ceuta y Melilla, como es sabido. En cuanto a la primera se alude a la cuestión sobre si rige o no el Fuero del Baylío. En Melilla se recogen los aspectos generales y especiales del Derecho civil.

Termina este tomo con otros ocho estudios relativos a cuestiones que no tienen encuadre en alguna Comunidad concreta y pueden afectar a todas ellas. Se trata de los problemas de la vecindad civil, nombramientos de Notarios y Registradores, fundaciones, declaración de quiebra, régimen económico matrimonial de cónyuges con distinta vecindad civil y la adopción internacional.

Con este resumen apretadísimo hemos intentado dar idea del amplio contenido de esta obra que no hemos dudado calificar de enciclopédica, en cuanto que recoge valiosos estudios sobre el Derecho civil que rige en España fuera del Código Civil y después de la Constitución. Los profesores y profesionales jurídicos que los han escrito ejercen y están arraigados en los distintos territorios cuya normativa se contempla. Por ello conocen esas normas de cerca y han hecho su labor «a pie de obra». El resultado es manifiesto, pues nos enseñan de primera mano toda la gran variedad jurídica que, de verdad, se ha desbordado bastante y por eso nos vienen bien los gufas prácticos que nos ayudan a dar con el camino acertado para mejor enfocar los problemas. De ahí la gran utilidad, no sólo científica, sino práctica, de esta obra que hemos comentado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a DOLORES Y OTROS: *Cuestiones sobre responsabilidad civil*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000. Un tomo de 272 págs.

El precepto clásico *alterum non laedere* viene siendo a lo largo de la Historia uno de los pilares más elementales de todo ordenamiento jurídico. Es natural pensar que un conjunto de normas que se propone regir la conducta y relaciones de una sociedad, debe contar entre sus principios el de no lesividad, para procurar que los diferentes miembros de la comunidad no se causen perjuicios al ejercitar sus respectivas actividades.

En nuestro sistema el precepto básico es el conocido artículo 1.902 del Código, que regula suficientemente la cuestión que se nos plantea, al menos en la responsabilidad de carácter subjetivo. Pero, a veces, no siempre es diáfano ni exacto aquello de que «el que rompe, paga». Así, el artículo siguiente, el 1.903, establece que esta obligación es también exigible por los actos u

omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder. Y para complicar más las cosas, últimamente está ganando terreno la idea de la responsabilidad objetiva; así, hay actualmente ciertos fenómenos que han dado lugar a esta nueva perspectiva, como la fabricación en masa y las modernas técnicas, a veces de difícil control, ocasionando máquinas que dejan en segundo plano, por sustitución, a las acciones humanas.

Un fallo de la maquinaria puede ser difícilmente atribuible a la acción humana, pero es el hombre quien la ha puesto en funcionamiento. Esto produce un debilitamiento del concepto de «culpa», sin que esto signifique que sea imposible demostrar una conducta culposa, pero facilita la tendencia a sustituir la culpabilidad por el concepto de responsabilidad por riesgo o pura responsabilidad objetiva.

Igualmente, el concepto de «daño» experimenta la misma evolución, pasando del ámbito individual al social por los motivos económicos expuestos. Sin embargo, este daño social comprende también el menoscabo sufrido en las personas o patrimonios de los individuos perjudicados, por lo que también debe atenderse a la esfera subjetiva a la hora de la valoración del daño social ocasionado.

Por lo que se refiere al nexo causal entre acción u omisión y daño producido, la doctrina moderna se pronuncia en favor de la individualización del sujeto responsable y la determinación del contenido de la obligación de resarcimiento, criterio ya adoptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las sentencias de este Alto Tribunal son abundantísimas, según puede verse en los resúmenes publicados en esta Revista y que se recogen y redactan por un grupo de profesores del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Y en el seno del curso de verano de esta Universidad, de 1998, se dieron una serie de ponencias sobre el tema genérico de la responsabilidad civil, que ahora se recogen en este libro editado por la UNED, que ahora vamos a comentar. El curso fue coordinado por la profesora de Derecho Civil, doctora MARÍA DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, y contó con la colaboración de otros distinguidos profesores y profesionales que vamos a relacionar.

La primera ponencia que se contiene en el libro se titula «Responsabilidad de los centros docentes públicos y de su profesorado por los daños causados por sus alumnos», expuesta por la profesora SILVIA DÍAZ ALABART, Catedrática de la Universidad Complutense de Madrid, la cual estudia la reforma del artículo 1.903 del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 1/1991, de 7 de enero, que ha supuesto una modificación sustancial en la antigua responsabilidad de los docentes respecto a los actos causados por sus alumnos. Lo mismo si se consideraba una responsabilidad *in vigilando* que incluso a veces como objetiva, suponía una carga desproporcionada para los profesores, que ahora se traslada al centro y se limita a los de enseñanza no superior.

«La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» es estudiada por la profesora MARÍA DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, la cual analiza, desde el punto de vista de los fallos emitidos por el Alto Tribunal, los requisitos que la jurisprudencia exige para aplicar la responsabilidad extracontractual o aquiliana especialmente en los puntos fundamentales de la acción u omisión dañosa, el nexo causal que debe existir, el daño en sus diversos tipos y la culpa del agente, terminando con el estudio de la prescripción de la acción para exigir la indemnización correspondiente.

La responsabilidad de Jueces y Magistrados es estudiada por la profesora MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES, quien delimita el tema refiriéndose a los casos en que incurren en ella por privaciones de libertad injustas, errores judiciales, retrasos en la administración de la justicia y también por prevaricación o concusión de los órganos jurisdiccionales. Analiza los límites de la responsabilidad de los Jueces y Magistrados, según se siga un criterio de rigidez o flexibilidad, y a seguido examina el criterio predominante, sea doctrinal o jurisprudencial, para resumir sus ideas en unas atinadas conclusiones, según las cuales es preferible el criterio de suavizar la rigidez de determinadas normas para hallar cuándo es responsable la conducta judicial aún sin seguir el tenor literal de la normativa.

El Magistrado LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA estudió en su ponencia la responsabilidad civil por daños ocasionados al medio ambiente. Empieza aclarando que aunque el medio ambiente es materia que más bien está encuadrada en el Derecho administrativo, por ser de orden público, no por ello debe desecharse la posibilidad de que tenga repercusiones privadas y por tanto pueda regularse en algunos de sus aspectos por el Derecho Civil. Hay, en efecto, una protección civil indirecta del medio ambiente en cuanto hay daños ambientales que pueden recaer en la salud o el patrimonio de los particulares. Y hay una protección directa en cuanto que la Constitución en su artículo 45 reconoce un derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Termina su trabajo con el estudio de la responsabilidad civil por daños medioambientales y, si bien parece pretencioso hablar hoy en España de una pura responsabilidad civil medio ambiental, ya hay alguna resolución judicial que reconoce la posibilidad de acudir a la vía civil, como en la catástrofe de Aznalcollar, y se admite la posibilidad de acceder a la jurisdicción civil las asociaciones ecologistas.

La responsabilidad en la hostelería es el tema expuesto por la profesora PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, la cual ha desarrollado su trabajo después hasta constituir su Tesis Doctoral. Aquí resume el estudio en tres apartados, contemplando la responsabilidad contractual, dimanante de la pura relación de hospedaje, que se deriva principalmente hacia la custodia de los objetos introducidos en el establecimiento hostelero y, por último, la pura responsabilidad extracontractual. En este apartado incluye tanto la responsabilidad por actos propios como por los actos ajenos realizados u omitidos por sus dependientes.

El Magistrado y Profesor Titular de la UNED JOSÉ MANUEL MARTÍN BERNAL, trata en su trabajo del tema «Derecho a la salud. Errores médicos y su posible superación a través de deberes médicos», partiendo de la proclamación constitucional del derecho a la salud, presenta la normativa referente a la materia y su interpretación jurisprudencial. A seguido examina las posibles reclamaciones en vía judicial y termina preguntando cómo se pueden superar estos errores médicos. Analiza el consentimiento de los interesados, previa información de los riesgos, y nos dice cuáles son las directrices deontológicas establecidas por los Colegios Médicos, con referencia a los seguros médicos y a la lentitud de la justicia en estos casos.

Por último, la profesora CARMEN NÚÑEZ MUÑOZ estudia «Responsabilidad contractual y extracontractual: Problemas prácticos que plantea esta dualidad». Nos da sus respectivas nociones y entra después en marcar sus diferencias, bien sea por su origen, por la distinta apreciación de la culpa, por la carga de la prueba, por la extensión en la reparación del daño, como también

por la pluralidad de obligados, los distintos plazos de prescripción, la competencia y las causas limitativas. Señala que la tendencia es a la superación de estas diferencias, que se da sobre todo en los casos de concurrencia de ambas responsabilidades. Tal concurrencia se presenta cuando en el acto lesivo coinciden al mismo tiempo los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro. ¿Cuál sería la solución preferible en estos casos? Hay la teoría de la opción, la de la absorción o incompatibilidad y la del concurso de normas. Termina su trabajo con una especial referencia a aquellos supuestos en los que se lesionan derechos de la personalidad, estudiando las llamadas obligaciones de seguridad.

El libro, pues, recoge diversos e interesantes aspectos de la responsabilidad civil que han sido objeto de cuidadoso estudio en varios cursos de la UNED, tomando conciencia de la trascendencia que tiene construir una responsabilidad que atiende no sólo a la culpabilidad, sino también, y sobre todo, a la causalidad.

JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 668 (Mayo 2000)

«La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del siglo XXI: Antecedentes y perspectivas», por JESÚS RUBIO LARA, pág. 5595.

SUMARIO: I. LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1.1. Noción histórica. 1.2. Situación actual.—II. LA NUEVA LEY: 2.1. Antecedentes. 2.2. Principios básicos. 2.3. Estructura. 2.4. Principales innovaciones. 2.5. Especial referencia a los procesos declarativos. 2.6. Disposiciones ulteriores. 2.7. Comentario.

«Protección penal de los consumidores», por PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, pág. 5607 (sin sumario).

«La transmisión de la clientela en el Derecho español», por JOSÉ M.^a CUTILLAS TORNS, pág. 5621.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. APROXIMACION A LA IDEA DE CLIENTELA.—III. CONSTRUCCION DE LA TRANSMISION DE LA CLIENTELA: III.1. LA OBLIGACIÓN NEGATIVA. III.2. LA CONDUCTA COMO OBJETO DE LA OBLIGACIÓN NEGATIVA. III.3. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN Y EL OBJETO DEL CONTRATO.—IV. REGIMEN JURIDICO DE LA TRANSMISION DE LA CLIENTELA: IV.1. ESPECIAL REFERENCIA A LA CARTERA DE CLIENTES EN LOS SEGUROS. IV.2. LA CUESTIÓN DE LA MORALIDAD O INMORALIDAD DE LOS PACTOS OBLIGACIONALES DE EXCLUSIVA Y DE NO CONCURRENCIA COMO MEDIOS IDÓNEOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL DESPLAZAMIENTO DE LA CLIENTELA (FONDO DE COMERCIO) A UN TERCERO.—V. CONCLUSIONES.

«Pruebas ilícitas: Excepciones con relación al delito de posesión de estupefacientes (a propósito de las SSTC 161 y 166, de 27 de septiembre de 1999)», por PABLO J. CUESTA PASTOR, pág. 5707 (sin sumario).

«El "interlining" o los acuerdos de combinación de pasajes (a propósito de la resolución del Pleno del TDC de 29 de noviembre de 1999)», por M.^a VICTORIA PETIT LAVALL, pág. 6067.

SUMARIO: ANTECEDENTES DE HECHO.—FUNDAMENTOS DE DERECHO.—I. CONCEPTO DE «INTERLINING».—II. LA IATA: LA COORDINACIÓN TARIFARIA Y EL «INTERLINING».—III. LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE AEREO EN LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL «INTERLINING»: A) RÉGIMEN JURÍDICO. B) LOS ACUERDOS DE COMBINACIÓN DE PASAJES COMO

ACUERDOS DE COOPERACIÓN TÉCNICA. C) LA COORDINACIÓN TARIFARIA OBJETO DE EXENCIÓN EN BLOQUE. D) EL RECHAZO AL «INTERLINING», UN SUPUESTO DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.

«El acuerdo interconexión: Una nueva figura contractual en el campo de las telecomunicaciones», por TOMÁS VÁZQUEZ LÉPINETTE, pág. 6089 (sin sumario).

«Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», por FRANCISCO VICENT CHULIA, pág. 6143.

SUMARIO: I. CONCEPTO AMPLIO Y CONCEPTO ESTRICTO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—II. LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—III. EL PRECEDENTE DE LAS «CLASS ACTIONS» DEL DERECHO ANGLOSAJÓN Y DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION DE LAS LEGISLACIONES EUROPEAS.—IV. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—V. EL IMPACTO DE LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION EN LOS SECTORES DE CONTRATACION ESPECIAL.

Número 669 (Junio 2000)

«Los efectos de la sentencia dictada en el juicio interdictal de obra nueva. Su confrontación con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por JAVIER PINAZO HERNANDIS y JOAQUÍN GUZMÁN CUTILLAS, pág. 7259.

SUMARIO: INTRODUCCION: LA COGNICION LIMITADA Y SUMARIA DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.—1. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DICTADA EN UN INTERDICTO DE OBRA NUEVA.—2. EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA: LA EJECUCION INMEDIATA DE LA SENTENCIA QUE CONFIRMA LA SUSPENSION.—3. EFECTOS DE LA SENTENCIA NO FIRME: 3.1. EFECTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN. 3.2. LA AUTOMATICIDAD DE LA EJECUCION PROVISIONAL.—4. POSIBILIDADES DE ACTUACION POR EL DUEÑO DE LA OBRA TRAS UNA SENTENCIA FIRME ESTIMATORIA: 4.1. EL JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR. 4.2. LA DEMANDA INCIDENTAL DE CONTINUACIÓN DE LA OBRA.—5. LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—6. CONCLUSIONES.

«Principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo sancionador en materia de seguridad vial», por JOAQUÍN IVARS RUIZ, pág. 7271 (sin sumario).

«La difamación en la prensa», por JAVIER BOIX REIG, pág. 7317.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA PRESUNCION DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL (ART. 24.2 DE LA CE): 2.1. AMBITO DE PROTECCIÓN PROCESAL. PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO. REFERENCIA A LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS, A LA PRUEBA ILÍCITA, A LA PRUEBA

INDICIARIA Y A DETERMINADOS MEDIOS DE PRUEBA (DECLARACIÓN DE COIMPUTADOS E INTERVENCIONES TELEFÓNICAS). 2.2. ÁMBITO EXTRAPROCESAL: 2.2.1. *La STC 109/1986, de 24 de septiembre (Presidente: Díez-Picazo)*. 2.2.2. *Relación con la lesión de la dignidad humana y, en consecuencia, del honor*.—3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995: 3.1. EL INTERÉS JURÍDICO PROTEGIDO (ARTS. 18 Y 10 DE LA CE). SU POSIBLE LESIÓN MEDIANTE CONDUCTAS CONTRARIAS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL. PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL. 3.2. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS: TÍTULO XI, LIBRO II: 3.2.1. *La calumnia (arts. 205 a 207). Imputación hecho delictivo. Significación de la actuación con temerario desprecio hacia la verdad: Perspectiva objetiva. Perspectiva subjetiva*. 3.2.2. *La injuria (arts. 208 a 210). Imputación de hechos. Valoraciones u opiniones. Clases de injurias*. 3.2.3. *Carácter agravatorio de la propagación con publicidad (arts. 206, 209 y 211 del CP. Especial referencia al significado de los arts. 212, 213 y 216 del CP)*.—4. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE DERECHOS: 4.1. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN [ART. 20.1.A) Y D) DE LA CE]. 4.2. SOBRE LA POSIBLE COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 4.3. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN. LÍMITES. SOBRE LA VERACIDAD SUBJETIVA.

«Los informes periciales en el proceso penal», por EDUARDO FONT SERRA, pág. 7717 (sin sumario).

«Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial y la nueva LEC», por VICENTE PÉREZ DAUDÍ, pág. 7731 (sin sumario).

«La anotación preventiva de demanda en los procesos de impugnación de acuerdos sociales y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por JOSÉ MARTÍN PASTOR, pág. 7755.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REGULACIÓN POSITIVA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN Y LA INFLUENCIA DE LA NUEVA LEC SOBRE LA MISMA: 2.1. LA REGULACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN EN LA TODAVÍA VIGENTE NORMATIVA SOCIETARIA. 2.2. LA INFLUENCIA DE LA NUEVA LEC EN LA REGULACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN.—3. SU OBJETO Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.—4. SU NATURALEZA CAUTELAR. DIFERENCIAS CON LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE MERA PUBLICIDAD PRÁCTICABLES EN EL REGISTRO MERCANTIL.—5. LA TUTELA CAUTELAR EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: 5.1. EL AJUSTE FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL ENTRE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES IMPUGNADOS Y LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN. 5.2. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN. 5.3. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN Y LA SUSPENSIÓN Y SU ANOTACIÓN PREVENTIVA.—6. PRESUPUESTOS: 6.1. LAS SITUACIONES JURÍDICAS CAUTELABLES Y SU ACREDITAMIENTO. 6.2. EL COMPLEMENTO DEL PRESUPUESTO DEL «FUMUS BONI IURIS»: LA CONTRACAUTELA DEL SOLICITANTE DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. 6.3. EL PELIGRO EN LA DEMORA: EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS DE BUENA FE. 6.4. ¿INFLUYE LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN LA ADOPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA?—7. EFECTOS: 7.1. LA BUENA FE EN LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES. 7.2. EL ALCANCE SUBJETIVO DE

LOS EFECTOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN. 7.3. EFECTOS.—8. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

«El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL, pág. 7803.

SUMARIO: 1. EL PROCESO MONITORIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO Y CARACTERES DEL PROCESO MONITORIO. 3. PROCESO MONITORIO Y JUICIO EJECUTIVO. 4. EL PROCESO MONITORIO EN LA LEC. 5. CASOS EN QUE PROCEDE EL PROCESO MONITORIO. 6. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE. 7. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO MONITORIO: A) *Iniciación del procedimiento*. B) *Admisión de la petición y requerimiento de pago*. C) *Posiciones del deudor*: a) Incomparecencia; b) Pago del deudor; c) Oposición-Valoración.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 177 (Abril-Mayo 2000)

«Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación», por ERNESTO GARCÍA-TREVIANO GARNICA, pág. 13.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN.—II. OBJETIVOS PRINCIPALES DE LA NUEVA LEY.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 38/1999 Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES.—IV. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD: A) SE DEJA A SALVO LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. SOBRE EL ALCANCE DE LOS PACTOS SUSCRITOS. B) LA RESPONSABILIDAD SÓLO ABARCA A DAÑOS MATERIALES OCASIONADOS EN EL EDIFICIO. C) GRUPOS DE DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN.—V. SUJETOS RESPONSABLES: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y RESPONSABILIDAD EN CASCADA: A) CONSIDERACIÓN DE CARÁCTER GENERAL. B) LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES ES, EN PRINCIPIO, PERSONAL E INDIVIDUALIZADA. C) RESPONSABILIDAD DE CADA AGENTE SEGÚN LA LEY 38/1999: a) *El promotor*; b) *El constructor*; c) *El director de la obra y el director de la ejecución de la obra*; d) *El proyectista*; e) *Los demás agentes de la edificación*.—D) RESPONSABILIDAD EN CASCADA Y RESPONSABILIDAD POR SALTOS. E) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CUANDO NO SEA POSIBLE IMPUTAR LA RESPONSABILIDAD A UN AGENTE CONCRETO. F) POSIBILIDAD DEL AGENTE DEMANDADO DE TRAER AL PROCESO A LOS DEMÁS AGENTES QUE HUBIERAN INTERVENIDO EN EL PROCESO DE EDIFICACIÓN.—VI. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE CONCURRA LA RESPONSABILIDAD.—VII. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CASO FORTUITO, FUERZA MAYOR, ACTO DE TERCERO O DEL PROPIO PERJUDICADO.—VIII. PLAZOS PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN: PLAZO DE GARANTÍA Y PLAZO PARA RECLAMAR: A) PLAZO DE GARANTÍA. B) PLAZO PARA RECLAMAR.—IX. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.—X. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESTE ÁMBITO: A) LA ADMINISTRACIÓN COMO AGENTE DEL PROCE-

SO DE EDIFICACIÓN. B) RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR SU INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA.

- «El código técnico de la edificación en la LOE», por JAVIER SERRA MARÍA-TOMÉ, pág. 49 (sin sumario).
 «La Ley de Ordenación de la Edificación: el punto de vista del promotor», por MANUEL MARTÍ FERRER, pág. 67 (sin sumario).
 «Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio. En especial, el artículo 319 del Código Penal», por CARLOS ROMERO REY, pág. 99.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA DUALIDAD DE REGIMENES SANCIONADORES QUE INCIDEN SOBRE LA MATERIA.—II. LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA: LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: A) CONCEPTO DE INFRACCIÓN URBANÍSTICA Y SU TIPIFICACIÓN. B) INCIDENCIA EN EL DERECHO URBANÍSTICO DISCIPLINARIO DE LA TIPIFICACIÓN PENAL DE DETERMINADAS CONDUCTAS DE RELEVANCIA JURÍDICO-URBANÍSTICA.—III. LA PROTECCIÓN PENAL: A) CUESTIONES PREVIAS: 1. *El bien jurídico protegido*. 2. *La configuración de los tipos como normas penales en blanco*. 3. *El problema del sujeto activo del delito*. B) EL ARTÍCULO 319, NÚMERO 1 DEL CÓDIGO PENAL: 1. *Alcance del término 'construcción'*. 2. *Alcance de la expresión 'no autorizada' a efectos de la protección penal*. C) EL ARTÍCULO 310, NÚMERO 2 DEL CÓDIGO PENAL. D) EL ARTÍCULO 319, NÚMERO 3 DEL CÓDIGO PENAL.

«Sobre el nuevo régimen de valoraciones de suelo», por JOSÉ ANTONIO LÓPEZ PELLICER, pág. 121.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VALORACIÓN DEL SUELO EN ATENCIÓN AL VALOR REAL DE MERCADO: VALOR DE MERCADO Y VALOR JUSTO.—III. CRITERIOS Y FORMAS DE VALORACIÓN DEL SUELO: 1. REGLAS O CRITERIOS DE VALORACIÓN. 2. SOBRE EL CRITERIO BÁSICO DE VALORACIÓN DEL SUELO, NO EXPLICITADO EN LA REGULACIÓN DE LA LEY 6/1998, PERO QUE APELA COMO TIPO DE VALOR ÚNICO AL VALOR DE MERCADO, EN SUSTITUCIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA PRECEDENTE.—IV. METODOLOGÍA A SEGUIR PARA FIJAR EL VALOR DEL SUELO NO URBANIZABLE: 1. APLICACIÓN PREFERENTE DEL MÉTODO COMPARATIVO. 2. APLICACIÓN SUBSIDIARIA DEL MÉTODO DE CAPITALIZACIÓN DE RENTAS.—V. METODOLOGÍA A SEGUIR PARA DETERMINAR EL VALOR DEL SUELO URBANIZABLE.—VI. METODOLOGÍA A SEGUIR PARA FIJAR EL VALOR DEL SUELO URBANO: 1. MÉTODO PARA FIJAR EL VALOR DE MERCADO DEL SUELO A TRAVÉS DEL VALOR CATASTRAL FIJADO A EFECTOS DEL IMPUESTO DE BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA URBANA: A) *Determinación del aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano*. B) *Determinación del valor básico de repercusión fiscal a aplicar*. 2. APLICACIÓN DEL MÉTODO RESIDUAL EN CASO DE INEXISTENCIA O PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LOS VALORES DE LAS PONENCIAS CATASTRALES.—VII. VALORACIÓN DEL SUELO DESTINADO PARA SISTEMAS GENERALES.—VIII. EL FACTOR TIEMPO EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VALORACIONES DE SUELO: 1. VALORACIÓN DEL SUELO EN CASO DE ACTUACIÓN MEDIANTE EXPROPIA-

CIÓN FORZOSA. 2. VALORACIÓN DEL SUELO EN OTROS SUPUESTOS DE ACTUACIÓN URBANÍSTICA (NO EXPROPIATORIOS). 3. VALORACIÓN DEL SUELO EN LA FIJACIÓN DE INDEMNIZACIONES POR CAMBIO DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—IX. ¿INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA?

«El IVA y el ITPAJD en el proceso de la compensación urbanística», por JUAN MANUEL BARQUERO ESTEVAN, pág. 155.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONSTITUCION DE LAS JUNTAS DE COMPENSACION Y LA APORTACION DE LOS TERRENOS.—III. LA EXPROPIACION DE LOS TERRENOS PERTENECIENTES A PROPIETARIOS NO INTEGRADOS EN LA JUNTA.—IV. LAS OBRAS DE URBANIZACION.—LA ADJUDICACION.—A MODO DE CONCLUSION.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 29 (Enero-Marzo 1999)

«Observaciones críticas sobre el régimen legal y estatutario de representación del socio en la junta general de las sociedades de capital», por MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, pág. 9.

SUMARIO: I. LOS PROBLEMAS DE POLITICA JURIDICA QUE SUSCITA LA REPRESENTACION DEL SOCIO EN LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.—II. RESTRICCION ESTATUTARIA DE LA POSIBILIDAD DE REPRESENTACION EN LA JUNTA.—III. EL PROBLEMA DE LAS GARANTIAS FORMALES DEL PODER.—IV. LA EXIGENCIA DE PODER ESPECIAL PARA CADA JUNTA: a) EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO DE ESTA EXIGENCIA; b) LA IMPERATIVIDAD DE LA REGLA QUE EXIGE EL PODER ESPECIAL Y LAS EXCEPCIONES A LA MISMA; c) EL PROBLEMA DE LA PRETENDIDA IMPERATIVIDAD DEL ARTICULO 108 COMO EXCEPCIÓN A LA EXIGENCIA DE PODER ESPECIAL.

«Apuntes sobre la autonomía de la voluntad en la SRL», por PEDRO ANTONIO LUCENA GONZÁLEZ, pág. 55.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. GRUPO NORMATIVO.—II. LA LIBERTAD, UNA CUESTION DE EQUILIBRIOS: II.1. ARTICULO 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL, VERSUS ARTICULO 12 LSRL. II.2. AUTONOMÍA VERSUS HETERONOMÍA DE ORGANIZACIÓN.—III. A FAVOR DE ESTATUTOS-TIPO.—IV. DELIMITACION DEL OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO. DISPOSICIONES GENERALES Y CONSTITUCION: 1. LA PRESENTE SRL QUEDA SUJETA A LA SIGUIENTE CONDICIÓN SUSPENSIVA/CONDICIÓN RESOLUTORIA: INGRESO DE ESPAÑA EN LA MONEDA ÚNICA EUROPEA... 2. LOS FUNDADORES OTORGAN AL PRESENTE OTORGAMIENTO (NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR O LIQUIDADORES, DETERMINADA CONDICIÓN DEL CONTRATO) CARÁCTER Estrictamente ESCRITURARIO, NO ESTATUTARIO... 3. LA SOCIEDAD TIENE POR OBJETO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS... 4. LA SOCIEDAD FIJA SU DOMICILIO EN MARRAKECH, CALLE KASHBA, 47... 5. LAS JUNTAS DE LA SOCIEDAD SE CELEBRARÁN EN CASABLANCA (MARRUECOS)... 6. LOS ESTATUTOS ESTABLECEN DISTINTOS DOMICILIOS, ATRIBUYENDO A LA JUNTA GENERAL LA FACULTAD DE OPTAR ALTERNATIVAMENTE POR

CUALQUIERA DE ELLOS SIN NECESIDAD DE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA ... APORTACIONES SOCIALES. 7. LOS FUNDADORES SE RESERVAN DETERMINADOS DERECHOS ESPECIALES DE CONTENIDO ECONÓMICO... 8. SE ESTABLECEN PRESTACIONES ACCESORIAS DINERARIAS... 9. LOS SOCIOS QUE NO ASISTAN A LA JUNTA QUE ACUERDE UN AUMENTO DE CAPITAL CON APORTACIONES NO DINERARIAS, QUEDAN EXENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 21.1... PARTICIPACIONES SOCIALES. 10. A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 29, SE ENTIENDE POR VALOR REAL DE LAS PARTICIPACIONES EL QUE DETERMINE EL AUDITOR QUE CORRESPONDA ATENDIENDO A SU VALOR CONTABLE... 11. LA AUTORIZACIÓN PARA LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SERÁ CONCEDIDA, EN SU CASO, POR EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN... 12. LA AUTORIZACIÓN PARA LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SERÁ CONCEDIDA DISCRECIONALMENTE POR LA JUNTA... 13. LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES DEBERÁ CONSTAR EN ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO MERCANTIL... 14. EL RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN VOLUNTARIA POR ACTOS «INTER VIVOS» DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 29, SE ACTIVARÁ CON LA MERA MANIFESTACIÓN POR EL TITULAR DE LAS PARTICIPACIONES DE SU PROPÓSITO DE VENDERLAS, AUNQUE TODAVÍA NO HAYA ENCONTRADO UN ADQUIRENTE... DICHA MERA MANIFESTACIÓN TENDRÁ EL CARÁCTER DE OFERTA IRREVOCABLE DURANTE TRES MESES... 15. HAY TRES CLASES DE PARTICIPACIONES, A, B Y C. LAS DE LA CLASE A SERÁN PARTICIPACIONES SIN VOTO... LAS DE LA CLASE B SERÁN PARTICIPACIONES PRIVILEGIADAS EN CUANTO AL DERECHO AL VOTO... LAS DE LA CLASE C TENDRÁN UN VALOR NOMINAL DISTINTO AL DE LAS OTRAS DOS CLASES... ORGANOS SOCIALES. 16. LOS ACUERDOS SOCIALES SE ADOPTARÁN POR CARTA... 17. EN SEGUNDA CONVOCATORIA... 18. PARA QUE NO OPERE EXCEPCIÓN ALGUNA AL DERECHO DE INFORMACIÓN SE REQUIERE SOLICITUD DEL 30 POR 100 DEL CAPITAL SOCIAL... 19. VOTO DIRIMIENTE DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA... 20. LOS ACUERDOS EN JUNTA SE ADOPTARÁN POR MAYORÍA EXCLUSIVAMENTE DE SOCIOS... 21. EL TITULAR DE VARIAS PARTICIPACIONES PODRÁ VOTAR EN UN SENTIDO RESPECTO DE UNAS Y EN OTRO DISTINTO RESPECTO DE LAS RESTANTES... 22. LA JUNTA, GENERAL O UNIVERSAL, SE PODRÁ CONSTITUIR SIN LA PRESENCIA DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD... 23. EL ACTA DE LA JUNTA PODRÁ SER APROBADA EN LA SIGUIENTE SESIÓN... 24. QUEDAN ESTATUTARIAMENTE DISPENSADOS LOS ADMINISTRADORES DE LA LEGAL PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA... ASIMISMO QUEDA AUTORIZADA CON CARÁCTER GENERAL LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ENTRE LA SOCIEDAD Y LOS ADMINISTRADORES... SE IMPONE A LOS SOCIOS LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA... 25. LOS ADMINISTRADORES, EN EL SENO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, PODRÁN ASISTIR REPRESENTADOS POR UN TERCERO, AÚN NO MIEMBRO DEL CONSEJO, SIEMPRE QUE SEA SOCIO... 26. RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO... 27. SE PACTA LA COOPTACIÓN... SE PACTA LA DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS POR EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL... 28. SE REQUERIRÁ LA FIRMA MANCOMUNADA Y CONJUNTA DE LOS DOS ADMINISTRADORES SOLIDARIOS CUANDO SE TRATE DE OPERACIONES SOCIALES CUYA CUANTÍA SUPERE LOS 50 MILLONES DE PESETAS... 29. LOS ADMINISTRADORES PODRÁN SER SEPARADOS DE SU CARGO POR LA JUNTA, MEDIANDO JUSTA CAUSA... MODIFICACION DE ESTATUTOS. 30. CAPITAL AUTORIZADO... 31. REDUCCIÓN DE CAPITAL CON LA FINALIDAD DE CONSTITUIR UNA RESERVA... 32. REDUCCIÓN DE CAPITAL VÍA RESTITUCIÓN DE APORTACIONES TENDENTE A LA ELIMINACIÓN DE UN SOCIO PARTICULARMENTE MOLESTO... CUENTAS ANUALES. TRANSFORMACION, FUSION Y ESCISION. SEPARACION Y EXCLUSION DE SOCIOS. 33. SE PACTA EN LOS ESTATUTOS LA SEPARACIÓN UNILATERAL Y SIN CAUSA DE UNO, VARIOS O TODOS LOS SOCIOS... 34. SE PACTA LA SEPARACIÓN POR CAUSA DE FUSIÓN O ESCISIÓN DE LA SOCIEDAD ... O POR LA CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO O PASIVO DE LA SOCIEDAD ... 35. EN CASO DE COPROPIEDAD, LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN CORRESPONDERÁ AL

REPRESENTANTE DESIGNADO POR LOS COPROPIETARIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE SOCIO... 36. EN CASO DE SEPARACIÓN O EXCLUSIÓN, EL REEMBOLSO DEL VALOR DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES SE REALIZARÁ EN ESPECIE... DISOLUCION Y LIQUIDACION. 37. SE PACTA COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN EL FALLECIMIENTO DE UN SOCIO DETERMINADO O DE CUALQUIERA DE ELLOS... 38. SE PACTA COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN LA DENUNCIA UNILATERAL DE UN SOCIO O DE VARIOS... Y EL INTENTO FALLIDO DE UN SOCIO DE TRANSMITIR «AD INCERTAM PERSONAM» SUS PARTICIPACIONES... 39. LA QUIEBRA DE LA SOCIEDAD DETERMINARÁ AUTOMÁTICAMENTE SU DISOLUCIÓN... 40. QUIENES FUERAN ADMINISTRADORES AL TIEMPO DE LA DISOLUCIÓN QUEDARÁN CONVERTIDOS EN LIQUIDADORES AUTOMÁTICAMENTE... 41. LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA NO NECESITARÁ SER PUBLICADA EN PERIÓDICO ALGUNO... 42. EN LA HIPÓTESIS DE PASIVO SOBREVENIDO, NO SE APLICARÁ EL ARTÍCULO 123.2, SINO QUE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SERÁ EL PREVISTO PARA LA CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y DEL PASIVO EN EL ARTÍCULO 117... UNIPERSONALIDAD, DA, DT, DD Y DF.

«La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado», por HONORIO ROMERO HERRERO, pág. 93.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA DEONTOLOGIA NOTARIAL EN RELACION CON LOS CLIENTES: 2.1. EL NOTARIO COMO PROFESIONAL DEL DERECHO. SU FORMACIÓN JURÍDICA: 2.1.1. *Colaboración del notario en la preparación de la oposición.* 2.1.2. *Prácticas del opositor aprobado hasta la toma de posesión.* 2.1.3. *Formación permanente del notario. Aspectos individuales. Aspectos corporativos. Colegios Notariales. Relaciones intercolegiales. Junta de Decanos. Oposición entre notarios.* 2.2. ASESORAMIENTO A LOS CLIENTES. 2.3. EL CONTROL DE LEGALIDAD: 2.3.1. *Manifestaciones del control de legalidad notarial.* 2.3.2. *La vecindad civil y el régimen económico matrimonial.* 2.3.3. *En Derecho sucesorio.* 2.3.4. *Calificación notarial de la suficiencia de los poderes.* 2.3.5. *El problema de las cargas.* 2.4. REDACCIÓN Y AUTORIZACIÓN DEL DOCUMENTO. 2.5. ORGANIZACIÓN DEL DESPACHO NOTARIAL: 2.5.1. *La macronotaría.* 2.5.2. *Incidencia de los convenios en la atención personalizada de la notaría.* 2.6. EL SECRETO PROFESIONAL DEL NOTARIO: 2.6.1. *Auxiliares del notario.* 2.7. COBRO JUSTO DE HONORARIOS: 2.7.1. *Dispensas totales o parciales de honorarios impuestas por la Ley.* 2.7.2. *Control de la aplicación arancelaria.* 2.7.3. *Sistema de jura de cuentas.* 2.7.4. *Sanciones disciplinarias.* 2.7.5. *Incidencia de la morosidad en el ejercicio profesional.* 2.8. LA GESTIÓN DE DOCUMENTOS. 2.9. INTEGRACIÓN DEL NOTARIO EN LA SOCIEDAD: 2.9.1. *La residencia y el arraigo como elementos positivos de integración del notario en la sociedad.* 2.9.2. *La conducta pública y privada del notario.* 2.9.3. *Proyección exterior del Notariado.*—3. LA DEONTOLOGIA NOTARIAL EN RELACION CON LOS COMPAÑEROS: 3.1. NECESIDAD DE FOMENTAR EL COMPAÑERISMO Y LA SOLIDARIDAD ENTRE TODOS LOS NOTARIOS. 3.2. LA LIBRE ELECCIÓN DE NOTARIO. 3.3. EL RESPETO A LA COMPETENCIA TERRITORIAL. 3.4. EL TURNO DE REPARTO DE DOCUMENTOS. 3.5. EL COMPAÑERISMO Y LA SOLIDARIDAD EN RELACIÓN CON: a) *Los notarios recién aprobados hasta la toma de posesión de su primera notaría;* b) *Los notarios de entrada.* 3.6. PARTICIPACIÓN EN LOS ÓRGANOS CORPORATIVOS. 3.7. ASPECTOS CONCRETOS: a) *Publicidad no permitida;* b) *Captación de empleados;* c) *Relaciones entre compañeros en relación a clientes, documentos y cuestiones técnicas.*—4. LA DEONTOLOGIA NOTARIAL EN RELACION

CON EL ESTADO: 4.1. IMPARCIALIDAD. 4.2. VERACIDAD. 4.3. EJERCICIO PERSONAL DE LA FE PÚBLICA. 4.4. COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES TRIBUTARIAS. 4.5. OTRAS MANIFESTACIONES DE LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL EN RELACIÓN CON EL ESTADO: a) *Necesidad de reformas legislativas apreciadas desde el ejercicio de la función notarial*; b) *Colaboración en materia de reforma arancelaria*; c) *Colaboración en materia de demarcación notarial*.—5. EFICACIA DE LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS NOTARIALES: 5.1. SISTEMA SEGUIDO EN ESPAÑA PARA LA DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS. 5.2. OBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS.—6. CONCLUSIONES: PRIMERA: LEALTAD, DIGNIDAD E INTEGRIDAD. SEGUNDA: FORMACIÓN PERMANENTE. TERCERA: RELACIONES CON LOS CLIENTES. CUARTA: RELACIONES ENTRE COMPAÑEROS. QUINTA: RELACIONES CON EL ESTADO.

Número 30 (Abril-Junio 1999)

«Fuentes de la bibliografía notarial española», por MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ, pág. 9.

SUMARIO: I. INDICACION GENERAL.—II. *DE ARTE NOTARIATUS*, DE NICOLAS ANTONIO.—III. *TABELLIO NOTARIATUS*, DEL ALFABETO DE GIL DE CASTEJON.—IV. *LA ESCRIVANIA SIVE NOTARIATUS ARS*, DE FRANKENAU.—V. *EL CATALOGO ALFABETICO*, DE COS-GAYON.—VI. *LA BIBLIOGRAFIA DEL DICCIONARIO*, DE GONZALO DE LAS CASAS.—VII. *LA BIBLIOGRAFIA NOTARIAL*, DE ROCA Y CORNET.—VIII. *EL DICCIONARIO*, DE DIONISIO HIDALGO.—IX. *LAS BIBLIOGRAFIAS*, DE TORRES CAMPOS.—X. *LOS APUNTES BIBLIOGRAFICOS*, DE FERNANDO LEON Y OLARIETA.—XI. *LA NOTICIA BIBLIOGRAFICA*, DE ALCALDE PRIETO.—XII. *DE LAS OBRAS QUE ILUSTRAN EL NOTARIADO Y LETTERATURA NOTARILE D'OGNI SECOLO E PAESI*, DE VLADIMIRO PAPPALAVA.—XIII. *LA BIBLIOGRAFIA NOTARIAL*, DE TIRSO DE LA TORRE («Letrado Riestro»).—XIV. *LA BIBLIOGRAFIA JURIDICONOTARIAL ESPAÑOLA*, DE JOSE MARIA MENGUAL Y MENGUAL.—XV. *LA NOTICIA BIBLIOGRAFICA*, DE GIL AYUSO.—XVI. *EL CATALOGO DEL CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO*.—XVII. *LOS FORMULARIOS NOTARIALES*, DE BONO HUERTA.—XVIII. *LA LITERATURA NOTARIAL EN ESPAÑA E HISPANOAMERICA*, DE LUJAN MUÑOZ.—XIX. *EL INDICE ALFABETICO SOBRE NOTARIA Y NOTARIOS*, DE PALAU.—XX. OTRAS BIBLIOGRAFIAS.—XXI. CONCLUSION.

«El rapto de la hipoteca», por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, pág. 73.

SUMARIO: INTRODUCCION. PRIMERA PARTE: EL DERECHO ROMANO Y LOS DERECHOS COMPARADOS: I. EL DERECHO ROMANO.—II. LA SUBROGACION POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EN EL DERECHO FRANCES.—III. LA SUBROGACION POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EN EL DERECHO ITALIANO.—IV. LA SUBROGACION POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EN OTROS CODIGOS EXTRANJEROS. SEGUNDA PARTE: LOS PROYECTOS DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL: I. EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851.—II. EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL

DE 1882-1888. TERCERA PARTE: EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. CUARTA PARTE: LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO, SOBRE SUBROGACION Y MODIFICACION DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS: I. INTRODUCCION.—II. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY.—III. EL PROCEDIMIENTO DE LA SUBROGACION: 1. LA OFERTA VINCULANTE: NATURALEZA Y REQUISITOS: 1.1. *Duración de la oferta vinculante*. 1.2. *Requisitos*. 2. LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE. 3. LA NOTIFICACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE. 4. LA ENTREGA DE LA CERTIFICACIÓN ACREDITATIVA DEL IMPORTE DEL DÉBITO. 5. EL DERECHO A ENERVAR LA SUBROGACIÓN. 6. LA ESCRITURA DE SUBROGACIÓN CUANDO HA SIDO ENTREGADA LA CERTIFICACIÓN Y NO HA SIDO ENERVADA LA OFERTA VINCULANTE. 7. LA ESCRITURA DE SUBROGACIÓN CUANDO NO SE HA EXPEDIDO CERTIFICACIÓN POR LA ENTIDAD ACREEDORA.—IV. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DEL ARTICULO 2, ULTIMO PARRAFO, DE LA LEY 2/94.—V. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA SUBROGACION.—VI. LOS EFECTOS DE LA SUBROGACION. BIBLIOGRAFIA SOBRE LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO.

«Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/60, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal», por GONZALO DE LA MATA POSADAS, pág. 169 (sin sumario).

COMENTARIO: Realiza el autor un pormenorizado estudio de la mencionada Ley, comentando todos los artículos y comparándola con la ley reformada.

Comienza exponiendo de modo claro cuáles son los tres principios generales sobre los que se basa la Ley, y que son la flexibilización del régimen de mayoría para el establecimiento de determinados servicios, la lucha contra la morosidad de algunos propietarios desde distintos frentes, y en último término, la regulación más pormenorizada del funcionamiento de los diferentes órganos y de la mecánica de la vida de la comunidad.

A continuación, tiene lugar la parte central del artículo que recae en el breve pero certero comentario del articulado, deteniéndose y haciendo hincapié en determinados problemas.

Así expone las novedades introducidas como, por ejemplo, las que tienen lugar en el artículo primero, donde se lleva a cabo una declaración de principios que pone de manifiesto que una cosa es el nacimiento de una propiedad horizontal, y otra cosa es la constitución formal de la misma que requiere otorgamiento de escritura pública y acceso al Registro de la Propiedad; o recuerda la existencia del artículo 7 que recoge un procedimiento iniciado con un requerimiento del presidente de la comunidad para perseguir las actividades molestas de un copropietario; o, el fundamental artículo 9, donde se regulan las obligaciones de cada copropietario; o, el 10, referente a las obras necesarias para el sostenimiento y conservación del inmueble...

También se detiene en la enumeración y análisis de aquellos otros preceptos que no han sufrido modificación alguna en su redacción como, por ejemplo, el 3, que distingue dos clases de propiedad, la separada y la copropiedad; o el 4, que establece la indivisibilidad de la comunidad; o el 5, que contiene los pilares básicos de la propiedad horizontal; o el 6, que regula las normas de régimen interior; o el 8, en el que se desprende la necesidad de aprobación unánime de la junta de propietarios para realizar operaciones de división, agrupación o segregación de pisos y locales...

En su estudio no se olvida de cuestionarse alguno de los antiguos problemas que no ha resuelto la Ley como, por ejemplo, es el caso de la frecuente introducción de una cláusula en los estatutos por medio de la cual el promotor o los propietarios se reservan la facultad de realizar agrupaciones sin necesidad de recabar en el consentimiento unánime de la junta de propietarios que determina la Ley. Cuestión que ha sido admitida por la Dirección de los Registros y del Notariado, pero que el Tribunal Supremo, en algunas sentencias, la ha declarado nula. Tampoco deja de poner de manifiesto a la existencia de los múltiples problemas que ha introducido la Ley al intentar resolver otros, como son aquellos que pueden surgir en relación con la certificación exigida por el transmitente de una vivienda en relación con el estado de deudas con la comunidad.

En último término no olvida hacer mención de las cuestiones planteadas por la disposición adicional, la transitoria única y la final única de la ley objeto de análisis.

«La forma notarial de la declaración de la voluntad», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRAPOS, pág. 199 (sin sumario).

«La mujer casada y el principio de igualdad», por AURELIA M.^a ROMERO COLOMA, pág. 229.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CONYUGES.—III. LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES CON LOS HIJOS.—IV. LA IGUALDAD DE LOS CONYUGES EN LAS RELACIONES PATRIMONIALES.—V. CONCLUSION.

«Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», por JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, pág. 248.

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO MAYORITARIO: 1. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 53 DE LA LSRL. 2. PRINCIPIO MAYORITARIO Y DERECHO DE VOTO. 3. MAYORÍAS PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.—II. EL CONFLICTO DE INTERESES: 1. LA INCIDENCIA DEL CONFLICTO DE INTERESES SOBRE EL DERECHO DE VOTO. 2. LA POSIBLE JUSTIFICACIÓN DE LA POSTURA ADOPTADA: a) *Referencia a los criterios generales de la LSRL*; b) *La tutela de la minoría*; c) *Interés social, interés colectivo y defensa del patrimonio*; d) *La configuración estatutaria del conflicto de intereses*. 3. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 52 LSRL AL DERECHO DE VOTO DEL SOCIO: a) *La autorización de la transmisión de participaciones*; b) *El acuerdo de exclusión del socio*; c) *La liberación del socio de una obligación o la atribución al mismo de un derecho frente a la sociedad*; d) *La concesión de anticipos, créditos, préstamos, garantías y asistencia financiera a favor del socio*. 4. APLICACIÓN FRENTE A QUIEN, ADEMÁS, ES ADMINISTRADOR: a) *La dispensa de la prohibición de competencia*; b) *Establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de obras o servicios*; c) *La acción de responsabilidad*. 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PROHIBICIÓN DEL VOTO: a) *Los conflictos indirectos de intereses*; b) *El artículo 52 y la Junta General*. 6. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 52 LSRL.

«El título constitutivo de la propiedad horizontal», por JOSÉ CERDÁ GIMENO, pág. 287.

SUMARIO: I. DE LA DENOMINACION (*QUID NOMINIS*).—II. DE LA REALIDAD SOCIAL (*QUID FACTI*).—III. DE LA NORMATIVA ESPECIFICA (*QUID CONCEPTUS*).—IV. DE LA ESTIMATIVA JURIDICA (*QUID VALORIS*).—V. DE LOS PRESUPUESTOS DE CONSTITUCION DE LA PH: A) PERSONALES (*cuius*): 1. *Capacidad*. 2. *Legitimación*. B) REALES (*quid rei*): a) *Edificio en su conjunto*; b) *Elementos comunes (partes en proindivisión)*; c) *Partes privativas (propiedades separadas de pisos/locales)*. C) FORMALES: 1. *Supuestos posibles de PH (según la forma)*. 2. *Carácter de la «forma» en la PH*.—VI. DE LAS MODALIDADES DE CONSTITUCION DE LA PH (*QUO MODO*): CLASES. ADQUISICIONES DERIVATIVAS. SUPUESTOS DE TÍTULOS SUCESORIOS. SUPUESTOS DE TÍTULOS «INTER VIVOS».—VII. DE LAS DIMENSIONES DEL TITULO CONSTITUTIVO: A) DIMENSIÓN ESTRUCTURAL: 1. *Naturaleza del título constitutivo*. 2. *Elementos esenciales «naturales» del título*: a) Los presupuestos «reales»; b) La cuota de participación; c) La referencia fiscal. 3. *Elementos accidentales del título*: a) Las normas «genéricas» en orden a la PH; b) Los elementos comunes «especiales»; c) Los departamentos procomunales; d) Los garajes; e) Las servidumbres del edificio (a favor/en contra); f) La constitución de un derecho de «levantes» (sobreedificación/aires). B) DIMENSIÓN FUNCIONAL (*quid effectus*): 1. *La organización de la comunidad de propietarios*. 2. *La interpretación del Derecho (reserva de facultades, etc.)*. 3. *La aplicación del Derecho (sentencias de los tribunales)*.—VIII. DEL CONTENIDO DEL TITULO CONSTITUTIVO: A) REGULACIONES POSIBLES. B) LA VÍA DE LOS PACTOS: 1. *Los límites normales*. 2. *Las modalidades de pactos: Pactos atípicos. Pactos típicos*: a) Las determinaciones esenciales; b) Los estatutos; c) Las normas de régimen interior. C) LA MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL TITULO CONSTITUTIVO: 1. *Normativa*. 2. *Multiplicidad de supuestos*. 3. *Conexión con el Registro de la Propiedad*.—IX. DEL «REGIMEN» CONSTITUTIVO DE LA PH: 1. CARACTERIZACIÓN CONCEPTUAL. 2. JERARQUÍA DE NORMAS CONSTITUTIVAS EN LA PH. 3. FINALIDAD DEL RÉGIMEN (*quid fines*).—X. DE OTRAS POSIBLES PERSPECTIVAS DEL TEMA: 1. SITUACIONES DE DERECHO TRANSITORIO. 2. EXTENSIÓN NORMATIVA (LPH) A OTROS SUPUESTOS. 3. INTERFERENCIAS DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA. 4. REPERCUSIONES FISCALES SEGÚN LOS SUPUESTOS. 5. CONCORDANCIA DEL TÍTULO CONSTITUTIVO CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFIA.—ANEXO (MINUTA DE ESCRITURA).

Número 31 (Julio-Septiembre 1999)

«Aspectos notariales de la nueva Ley de Cooperativas», por JOAQUÍN DELIBES SENNA-CHERIBBO, pág. 9.

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES: A) AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY (ART. 2). B) DISPOSICIÓN DEROGATORIA. REGISTRO DE COOPERATIVAS. C) ADAPTACIÓN A LA NUEVA LEY (DISP. TRANS. 2.^a).—II. CONSTITUCION DE LA COOPERATIVA: ESCRITURA E INSCRIPCION: A) REQUISITOS Y CONTENIDO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN (ART. 10). B) INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE

CONSTITUCIÓN.—III. ESTATUTOS.—IV. ACUERDOS SOCIALES. INTERVENCIÓN NOTARIAL: A) REQUISITOS FORMALES: 1. *Documento base para la elevación a público*. 2. *Persona facultada para elevar a público*. B) REQUISITOS GENERALES DE LOS ACUERDOS: 1. *Acuerdos de la asamblea general*: a) Convocatoria; b) Constitución; c) Mesa de la junta; d) Acuerdos: votaciones, mayorías. 2. *Acuerdos del consejo rector* (art. 36). C) ANÁLISIS DE CONCRETOS ACUERDOS DE MAYOR INTERÉS: 1. *Modificación de estatutos*. 2. *Reducción del capital social mínimo por pérdidas*. 3. *Reducción del capital social mínimo por reembolso de aportaciones*. 4. *Fusión*. 5. *Fusión especial*. 6. *Escisión*. 7. *Transformación de la cooperativa*. 8. *Transformación en cooperativa*. 9. *Disolución (reactivación, nombramiento de liquidadores)*. 10. *Liquidación: escritura de extinción*. 11. *Nombramiento y cese de cargos sociales*.—V. REPRESENTACIÓN DE LA COOPERATIVA: A) SOCIEDAD COOPERATIVA EN CONSTITUCIÓN. B) SOCIEDAD COOPERATIVA INSCRITA: 1. *Representación orgánica: órgano de administración*. 2. *Representación orgánica: órgano de liquidación*. 3. *Representación voluntaria*.—VI. TRANSMISIÓN DE LAS APORTACIONES SOCIALES.—VII. BREVE REFERENCIA A LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS (ARTS. 89 Y SIGS.).—VIII. ARANCELES NOTARIALES.

«El conflicto entre el crédito salarial superprivilegiado y los créditos hipotecarios: doctrina registral frente a jurisprudencia», por ELENA DESDENTADO DAROCA, pág. 49.

SUMARIO: I. UNA RELACION DIFÍCIL: LOS CRÉDITOS SALARIALES PRIVILEGIADOS Y LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS.—II. EL ÁMBITO MATERIAL DEL ARTÍCULO 32 ET: LAS PREFERENCIAS DEL CRÉDITO SALARIAL: 1. LA PREFERENCIA, EL PRIVILEGIO Y LA GARANTÍA REAL. 2. LA PREFERENCIA DEL CRÉDITO LABORAL COMO PRIVILEGIO. UN EXAMEN GENERAL DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CRÉDITO LABORAL EN EL ARTÍCULO 32 ET.—III. EL CONFLICTO ENTRE EL SUPERPRIVILEGIO DEL ARTÍCULO 32.1 ET Y LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL. EN ESPECIAL, LA CANCELACIÓN DE LAS HIPOTECAS ANTERIORES: 1. LA POSICIÓN DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2. LA POSICIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA REGISTRAL.—IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS: 1. CRÍTICA DE CARÁCTER SUSTANTIVO: EL PROBLEMA DEL EFECTO CANCELATORIO DEL SUPERPRIVILEGIO SALARIAL SOBRE LA HIPOTECA. 2. PROBLEMAS DE ORDEN PROCESAL.—V. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 3 DE ABRIL DE 1998.

«Sistema jurídico, interpretación y creación normativa», por FRANCISCO LÓPEZ RUIZ, pág. 115 (sin sumario).

«Préstamos y créditos, avales e hipotecas ante el control de cambios», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 145.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRÉSTAMOS FINANCIEROS (O CRÉDITOS FINANCIEROS) OTORGADOS POR NO RESIDENTES A FAVOR DE RESIDENTES: 1. DEBER DE DECLARACIÓN: A) *Préstamos o créditos financieros por importe superior a 250 millones de pesetas, o que, aun siendo de cuantía inferior, se obtienen de prestamista residente en un paraíso fiscal*: a) Préstamos; b) Créditos. B) *Préstamos o créditos financieros por importe no supe-*

rior a 250 millones de pesetas, y que no procedan de paraíso fiscal. 2. VENCIMIENTO Y PLAZOS DE AMORTIZACIÓN. 3. INTERESES. 4. COMISIONES Y GASTOS.—III. ADQUISICION POR NO RESIDENTES DE TITULOS EMITIDOS POR RESIDENTES NO NEGOCIABLES EN BOLSA O MERCADOS ORGANIZADOS. EMISION O COLOCACION EN MERCADOS EXTRANJEROS DE CIERTOS VALORES EMITIDOS POR RESIDENTES.—IV. PRESTAMOS FINANCIEROS OTORGADOS POR RESIDENTES A NO RESIDENTES: 1. DEBER DE DECLARACIÓN: A) *Préstamos o créditos por importe superior a 250 millones de pesetas, o que, aun siendo inferiores, se conceden a prestatario residente en un paraíso fiscal:* a) Préstamos; b) Créditos. B) *Préstamos o créditos por importe no superior a 250 millones de pesetas, y que no estén concedidos a personas residentes en un paraíso fiscal.* 2. VENCIMIENTO Y PLAZOS DE AMORTIZACIÓN. 3. INTERESES. 4. COMISIONES Y GASTOS.—V. ADQUISICION POR RESIDENTES DE TITULOS EMITIDOS POR NO RESIDENTES QUE NO SEAN NEGOCIABLES EN BOLSA O MERCADOS ORGANIZADOS.—VI. CREDITOS COMERCIALES DE NO RESIDENTES A FAVOR DE RESIDENTES PARA IMPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS: 1. DEBER DE DECLARACIÓN. 2. VENCIMIENTO Y PLAZOS DE AMORTIZACIÓN. 3. INTERESES. 4. COMISIONES Y GASTOS.—VII. CREDITOS COMERCIALES DE RESIDENTES A NO RESIDENTES PARA EXPORTACION DE BIENES Y SERVICIOS: 1. DEBER DE DECLARACIÓN. 2. VENCIMIENTO Y PLAZOS DE AMORTIZACIÓN. 3. INTERESES. 4. COMISIONES Y GASTOS.—VIII. AVALES Y GARANTIAS.—IX. COMPENSACIONES DE COBROS Y PAGOS EXTERIORES.—X. INCIDENCIA DEL CONTROL DE CAMBIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION: EL PROBLEMA EN LOS JUICIOS DECLARATIVOS. EL PROBLEMA EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS: 1. *Demanda ejecutiva.* 2. *Despacho de ejecución.* 3. *Requerimiento de pago.* 4. *Embargo.* 5. *Citación de remate, posible oposición y sentencia de remate.* 6. *Apremio.*—XI. PRESTAMOS HIPOTECARIOS DE O A NO RESIDENTES: 1. *Posible necesidad de autorización.* 2. *Obligación de declaración.* 3. *Fijación de la deuda hipotecaria en moneda extranjera.* 4. *Hipoteca de máximo.* 5. *Ejecución de los préstamos en moneda extranjera.* 6. *Cancelación de la hipoteca.* 7. *Cancelación por renuncia del acreedor.*—XII. INCIDENCIA DE LA INTRODUCCION DEL EURO EN NUESTRO SISTEMA MONETARIO.

«La ejecución transfronteriza de las escrituras públicas en los Convenios de Bruselas y de Lugano», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 227.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION DE LOS TEXTOS Y SUS INFORMES.—III. CONCLUSION DE LA EJECUCION DE LOS DOCUMENTOS AUTENTICOS.—IV. ACTO AUTENTICO Y DOCUMENTO PUBLICO.—V. DOCUMENTOS EXCLUIDOS POR FALTA DE AUTENTICIDAD.—VI. DOCUMENTO EJECUTIVO. EXCLUSIONES POR FALTA DE EJECUTIVIDAD.—VII. LA FORMULA EJECUTORIA.—VIII. DECLARACION DE EJECUTIVIDAD.—IX. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION.—X. LA VALIDEZ DEL NEGOCIO.—XI. LAS EXCEPCIONES DE ORDEN PUBLICO Y DE FRAUDE DE LEY.

«La pretendida anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro», por RODRIGO TENA ARREGUI, pág. 277.

SUMARIO: I. FINALIDAD.—II. VALIDEZ Y EFICACIA EN LA VENTA DE COSA AJENA Y EN LA VENTA DE COSA GANANCIAL: 1. LA VENTA DE COSA AJENA ES VÁLIDA. 2. LA VENTA DE COSA AJENA ES PLENAMENTE EFICAZ. 3. LA DOCTRINA DOMINANTE DICE QUE LA VENTA DE COSA GANANCIAL REALIZADA POR UNO DE LOS CÓNYUGES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO ES ANULABLE.—III. LOS INCONVENIENTES DE CALIFICAR AL CONTRATO COMO ANULABLE: 1. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO Y LOS ARTÍCULOS 33 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. 2. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO Y LA USUCAPIÓN ORDINARIA. 3. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO Y LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA. 4. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO Y EL ARTÍCULO 464 DEL CÓDIGO CIVIL. 5. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—IV. EL CONTRATO ES VÁLIDO Y LO QUE ES ANULABLE SON LOS EFECTOS DE DICHO CONTRATO FRENTE AL CONYUGE NO CONTRATANTE.

Número 32 (Octubre-Diciembre 1999)

«La concepción instrumental de don Ramón M.^a Roca Sastre», por JOSÉ J. PINTÓ RUIZ, pág. 11 (sin sumario).

«Roca Sastre en mi memoria», por LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL, pág. 27 (sin sumario).

«El Derecho en el pensamiento de Ramón M.^a Roca Sastre», por JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 33 (sin sumario).

«Clausura del acto homenaje», por JUAN BOLÁS ALFONSO, pág. 43 (sin sumario).

«Roca Sastre: perfil humano de un jurista universal», por JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, pág. 45 (sin sumario).

«Don Ramón M.^a Roca Sastre, genuino romanista», por JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ, pág. 53 (sin sumario).

«Roca Sastre, magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña», por LUIS PUIG FERRIOL, pág. 69.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL TRIBUNAL DE CASACION DE CATALUÑA.—III. LAS PONENCIAS DE ROCA SASTRE COMO MAGISTRADO DEL TRIBUNAL DE CASACION DE CATALUÑA: 1. EN SEDE DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. 2. EN CUESTIONES DE DERECHO DE FAMILIA. 3. EN MATERIA DE DERECHO DE SUCESSIONES: A) *El testamento como acto formal*. B) *La herencia fideicomisaria*. C) *La legítima*. D) *La cuarta marital*.

«Roca Sastre y la compilación de 1960», por JOSEP M.^a PUIG SALELLAS, pág. 103 (sin sumario).

«La sociedad de garantía recíproca como sociedad *sui generis*: aspectos jurídicos de las Sociedades Anónimas, Sociedades de Responsabilidad Limitada y de las entidades financieras», por ADOLFO BAÑEIL ESPINOSA, pág. 127.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. NOCION DE LA ESTRUCTURA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES DE CAUCION MUTUA EN DERECHO COMPARADO.—III. LAS AYUDAS PUBLICAS A LAS PYMES Y LOS PRINCIPIOS DE LA LIBRE COMPETENCIA.—IV. EL PROBLEMA DE LA AUTOFINANCIACION DE LAS SGR.—V. ESPECIALIDADES Y LIMITACIONES DE LAS SGR ANTES DE LA LEY DE 1994.—VI. EL NUEVO MODELO: LA SOCIE-

DAD DE GARANTIA RECIPROCA COMO ENTIDAD FINANCIERA: SU COMPARACION CON LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CREDITO: 1. CLASES DE GARANTÍAS QUE PUEDEN OFRECERSE. 2. LA PROHIBICIÓN DE OTORGAR CRÉDITOS EN LAS SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA Y SU CORRELACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—VII. OTROS ASPECTOS CONFIGURADORES DE LA SOCIEDAD DE GARANTIA RECIPROCA: 1. EL CAPITAL SOCIAL: OTRO ELEMENTO DE CONTORNOS DIFUSOS ENTRE SOCIEDADES MUTUAS Y CAPITALISTAS. 2. LAS RELACIONES ENTRE EL CAPITAL SOCIAL Y LAS PARTICIPACIONES DE LOS SOCIOS COMO REFLEJO ATENUADO DE LA SOCIEDAD DE TIPO CAPITALISTA. 3. DERECHOS DEL SOCIO. 4. OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS. 5. CLASES DE SOCIOS: LAS PYMES COMO SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LAS SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA. 6. LAS FUNDACIONES COMO SOCIOS PROTECTORES. 7. EL REAFIANZAMIENTO. 8. LAS RESERVAS DE LIBRE DISPOSICIÓN. 9. EL FONDO DE PROVISIONES TÉCNICAS.—VIII. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD DE GARANTIA RECIPROCA: LA TIPOLOGIA.—IX. EL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD DE GARANTIA RECIPROCA.—X. LA EVENTUAL COINCIDENCIA CON EL OBJETO SOCIAL DE OTRAS SOCIEDADES, EN ESPECIAL LAS ANONIMAS Y LAS LIMITADAS: 1. COMPARACIÓN CON OTROS TIPOS SOCIALES. 2. LA LEY DE SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA COMO NORMA IMPERATIVA PARA LA ACTIVIDAD GARANTISTA.—XI. LOS ORGANOS DE ADMINISTRACION DE UNA SGR: SU SIMILITUD Y DIFERENCIAS CON LAS SA Y SRL: 1. LA JUNTA GENERAL. 2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—XII. CONCLUSIONES.

«¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», por JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ, pág. 199.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: DELIMITACION Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LAS UNIONES LIBRES Y LA FAMILIA COMO REALIDADES PREJURIDICAS Y EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LIBERTAD DE ELECCION ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNION LIBRE, LIBRE RUP-TURA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES. ¿GARANTIZAN LA LEY CATALANA DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA Y LA LEY ARAGONE-SA DE PAREJAS ESTABLES NO CASADAS ESA LIBERTAD?—III. LAGU-NAS LEGALES Y UNIONES LIBRES. ¿EXISTE IDENTIDAD DE RAZON ENTRE ESTAS Y EL MATRIMONIO? RESPETO A LA LIBERTAD DE ELECCION ENTRE MATRIMONIO Y UNION LIBRE. NO DISCRIMINA-CION ENTRE CASADOS Y SOLTEROS.—IV. ANALISIS DE SITUACIO-NES CONCRETAS: ¿EXISTE IDENTIDAD DE RAZON PARA APLICAR POR ANALOGIA LAS SOLUCIONES MATRIMONIALES A OTRAS SITU-A-CIONES FAMILIARES DE ENTRECRUZAMIENTO DE INTERESES? PRO-TECCION DEL MATRIMONIO, NORMAS EXCEPCIONALES, LIBRE RUP-TURA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES, ANALOGIA Y NO DISCRIMINACION.

«La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 357.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS PUNTOS DE PARTIDA Y DE LLE-GADA.—III. LOS REDACTORES DE LOS DOCUMENTOS ROMANOS.—

IV. EL *TABELLIO*.—V. LA ABSORCION POR EL *TABELLIO* DEL *TABULARIUS*.—VI. EL DOCUMENTO TABELIONICO, DOCUMENTO PUBLICO.—VII. EL PROCEDIMIENTO INSTRUMENTAL.—VIII. LA ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO.—IX. *COMPLETIO* Y *ABSOLUTIO*.—X. LA ESCRITURA CONVENCIONALMENTE NECESARIA.—XI. LA EXEMPLACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO.—XII. EL *ORDO INSTRUMENTORUM*.—XIII. LA PLURALIDAD DE INSTRUMENTOS.—XIV. EL DERECHO A LA EXHIBICION DE LA IMBREVIATURA.—XV. CONCLUSION.