

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIV ° Septiembre-Octubre 1998 ° Núm. 648

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.

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.—Teléf. 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

Págs

ESTUDIOS

«Las uniones de hecho: su problemática jurídica», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS	1509
«Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del Derecho de la contratación en España», por JAVIER AVILÉS GARCÍA	1533
«La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO	1587
«El Derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», por MARÍA DEL PILAR CÁMARA AGUILA	1623
«Jurisdicción y ejecución extrajudicial», por FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ	1663

DICTAMENES Y NOTAS

«El concepto europeo de “residuo” en crisis», por ULRICH M. GASSNER.	1689
--	------

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .	1697
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1707
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1717
B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS CUÉLLAR MARÍN y M. ^a EMILIA ADÁN GARCÍA	1723

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por ISABEL MORATILLA GALÁN e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1751
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1767

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La Sociedad Anónima», de PEDRO AVILA NAVARRO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1777
«Comunidades de vecinos. Legislación y jurisprudencia», de JOSÉ MANUEL MARTÍN BERNAL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1780
«Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro», del CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1783
«El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda», de FLO- RENCIO OSCARIZ MARCO, por M.ª DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRA- NERO	1785
«Don Calixto Valverde, una vocación universitaria», de MANUEL MEDI- NA DE LEMUS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1788

REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1791
---	------

ESTUDIOS

Las uniones de hecho: su problemática jurídica

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. ANALISIS DE ALGUNAS PROPOSICIONES DE LEY SOBRE UNIONES DE HECHO: 1.º CONCEPTO DE LAS UNIONES DE HECHO Y SUS ELEMENTOS CONFORMADORES: A) *Terminología* B) *Concepto*. C) *Elementos que configuran las uniones de hecho*: a) Los sujetos; b) Elementos objetivos; c) Los elementos formales.—III. EFECTOS DE LAS UNIONES DE HECHO. CONTENIDO: A) EFECTOS EN LA ESFERA PATRIMONIAL. B) EFECTOS EN EL CAMPO SUCESORIO. 1.º *La sucesión testada y la forzosa* 2.º *Sucesión intestada*—IV. REFERENCIAS LEGISLATIVAS EN ESPAÑA A LAS PAREJAS DE HECHO.—V. LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO.—VI. ALGUNOS ASPECTOS DE LA JURISPRUDENCIA Y LAS UNIONES DE HECHO.—VII. OTRAS MODIFICACIONES QUE INTRODUCEN LAS PROPOSICIONES DE LEY ANALIZADAS.—VIII. CONCLUSIONES (1).

(1) **Bibliografía:** Como bibliografía específica en esta materia se pueden consultar, entre otros:

- ALONSO PÉREZ, MARIANO, «La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 1, enero de 1998.
- GALLEGU DOMÍNGUEZ, IGNACIO, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.
- MARTÍN CASALS, MIQUEL, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», en *ADC*, 1995, octubre-diciembre.
- VARIOS AUTORES, *Parejas de hecho*, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería. Director: Ramón Herrera Campos. Secretario: Alberto Agüero de Juan. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Granada, 1996.
- BAYONA GIMÉNEZ, JUAN JOSÉ, «Las uniones de hecho en el impuesto sobre sucesiones y donaciones», en *Civitas de Derecho Financiero*, núm. 93, enero-marzo de 1997.
- SEGOVIA LÓPEZ, LUIS, «Parejas no casadas», en *La Ley*, Tomo 1, 1993.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, «Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 24.
- TORRENT, ARMANDO, «Unión de hecho y separación de hecho», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 141-142, julio-diciembre de 1988.
- CANTERO NÚÑEZ, FEDERICO J., «Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1995.

I. INTRODUCCION

Desde hace tiempo ha saltado a la palestra una realidad social que ha despertado la curiosidad de muchos, y sobre todo la necesidad de establecer y encauzar desde un punto de vista jurídico la misma; nos estamos refiriendo a las uniones de hecho o parejas, aunque en este sentido de la terminología no existe unanimidad, ya que reciben distintas denominaciones tanto en la doctrina como en la legislación extranjera. A falta de una regulación legal en nuestro país, con independencia de pequeños retazos legislativos y jurisprudenciales, intentaremos en este trabajo el analizar aquellos aspectos más fundamentales que tengan trascendencia jurídica; fijaremos un posible concepto con los elementos esenciales que conforman las uniones de hecho, analizando los diferentes textos que han circulado, y que como simples proyectos aún no han tenido el reflejo legal correspondiente. A partir de éstos, sistematizar en los distintos campos jurídicos las repercusiones que esta institución pueda tener, tanto en el campo del Derecho Patrimonial como en el Derecho de Familia y Sucesiones, es decir, centrándonos fundamentalmente en el Derecho Civil como aglutinante que debe dar una respuesta unitaria a esta realidad social.

Como veremos, las posturas tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado han sido variadas frente al fenómeno. Desde aquellos países en

-
- MORENO VERDEJO, JAIME, «Algunas reflexiones sobre los Registros municipales de uniones civiles no matrimoniales», en *Revista General de Derecho*, núm. 603, diciembre de 1994.
 - RAYO LOMBARTE, ARTEMI, «Uniones conyugales de hecho y constitución. la necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional», en *Revista General de Derecho*, núm. 606, marzo de 1995.
 - TAMAYO MUÑOZ, CARMEN, «La incidencia de las uniones de hecho en la pensión de viudedad», en *Revista General de Derecho*, núm. 624, septiembre de 1996.
 - CAMARERO SUÁREZ, MARÍA VICTORIA, «Uniones de hecho y conflictividad matrimonial», en *Revista General de Derecho*, núm. 628-629, enero-febrero de 1997.
 - ROCA TRIAS, MARÍA ENCARNACIÓN, «Principio de igualdad, matrimonio y pareja de hecho», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, abril-junio de 1991.
 - RIPOLL JAÉN, ANTONIO, «Uniones de hecho...», en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 188, octubre de 1996.
 - FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER, «Denegación de pensión de viudedad a la viuda de hecho .», en *La Ley*, vol. 2, 1991.
 - BAYOD LÓPEZ, MARÍA DEL CARMEN, «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas del Régimen Económico Matrimonial», en *RCDI*, núm. 626, enero-febrero de 1995.
 - GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, «Las uniones familiares de hecho en el Derecho Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 41, semana 4-10, noviembre de 1996.
 - MAGRO SERVET, VICENTE, «¿Parejas de hecho o de derecho?», en *La Ley*, núm. 4.493, 5 de marzo de 1998.
 - GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, *Una aproximación a la nueva Ley 29/94, de 24 de noviembre, sobre arrendamientos urbanos*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, separata núm. 24, noviembre de 1995.

los que se ha establecido una regulación completa, a otros en los que se establece una situación de tolerancia, otros con regulaciones parciales, desde un punto de vista jurisprudencial, hasta llegar a aquéllos que han dado la espalda por completo al problema.

No obstante, y antes de empezar el estudio pormenorizado, que como hemos indicado, se hará en base a los distintos textos que se han propuesto en nuestro país, sería conveniente el partir por nuestra parte de un planteamiento de toma de postura ante el problema.

Nos parece equivocado el pretender equiparar las uniones de hecho con el fenómeno del matrimonio, y ello en base al siguiente razonamiento. En primer lugar, y en la mayoría de los casos, las personas que optan por esta forma de convivencia lo han hecho de forma voluntaria y consciente, no acudiendo de forma deliberada a la institución del matrimonio, teniendo esta decisión unas consecuencias. En segundo lugar, la institución del matrimonio supone un entramado normativo que implica un conjunto de derechos y obligaciones con unas consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, pero que también como contrapartida goza de una regulación jurídica que establece los controles necesarios y los efectos que de la institución matrimonial se deriva, tanto entre los cónyuges como en relación a la prole, como también con los terceros que se relacionan con la unidad familiar. En tercer lugar, es peligroso en Derecho, el intentar extrapolar contenidos de unas instituciones jurídicas a otras, que aparentemente pueden ser similares, produciendo una gran disfunción y desnaturalizando al final ambas. Sobre todo, este peligro es mucho mayor en las normas de derecho imperativo o de *ius cogens*, como es el caso de las normas que regulan el derecho de familia.

Todo lo anteriormente indicado no impide el que deban regularse nuevas instituciones que surgen de hechos que la realidad social va creando; pero en este caso habrá que buscar soluciones *ad-hoc* para esas nuevas realidades sociales, intentando que sean lo más imaginativas y prácticas posibles, pero ello sin alterar los esquemas básicos de regulación de otras instituciones que han funcionado y que se han ido elaborando con el transcurso del tiempo. En este sentido son bastante esclarecedoras las ideas del profesor ALONSO PÉREZ cuando indica: «La protección integral del matrimonio no debe menoscavar la tutela suficiente de la unión libre, cuando ésta es seria, estable, vivida con cariño y entrega. Son dos órdenes de vivir el amor sexual y familiar con refrendos jurídicos diversos. Uno no interfiere al otro... No es lícito ni honesto invocar la aplicación del derecho matrimonial para la cohabitación cuando se ha escapado de aquél. Si se eligió el camino de la liberación de vínculos y ataduras previstas para la unión conyugal habrá que correr los riesgos de la libertad. Sin perjuicio de que el vínculo concubinario tenga su propia regulación jurídica, su ámbito específico de protección por el Derecho... Pero en modo alguno es correcto invocar la tutela jurídica matrimonial apoyándose en

la analogía entre unión de hecho y unión nupcial. La analogía legis o particular, tan alegada a menudo por teóricos y jueces, sólo es posible si aparece clara la identidad de razón entre el supuesto específico contemplado en la norma y el que se trata de resolver no previsto... Pero es aún más rechazable... la completa o casi completa equiparación. Se quebrantaría, de entrada, el criterio de la Constitución, que contempla separadamente la institución matrimonial (art. 32 CE) y la protección de la familia en general (art. 39 CE), la libertad para elegir una u otra forma de vida en sociedad» (2).

Con este planteamiento inicial vamos a ir desggranando las cuestiones que suscitan la problemática de las uniones de hecho.

II. ANALISIS DE ALGUNAS PROPOSICIONES DE LEY SOBRE UNIONES DE HECHO (3)

1.º CONCEPTO DE LAS UNIONES DE HECHO Y SUS ELEMENTOS CONFORMADORES:

A) *Terminología*. De diferentes maneras se han ido denominando a estas uniones; así se ha hablado de unión libre, de unión civil, de parejas de hecho, etc. En los textos que vamos a analizar como Proposiciones de Ley se habla de unión civil, de unión de hecho y de pareja. La terminología de unión civil me parece equívoca, ya que debemos partir de la premisa que el matrimonio, como institución básica, es también una unión civil. Como es lógico, cuando se utiliza una u otra terminología, quizá se quiera hacer hincapié en algunos de los puntos esenciales de la institución. Como hemos indicado, la proposición del Grupo de Izquierda Unida habla de parejas; la del Grupo Socialista, la de uniones de hecho, y la del Grupo Popular, la de contrato de unión civil. La terminología es variadísima, tanto en nuestro país como en el extranjero (4).

(2) ALONSO PÉREZ, MARIANO, «La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil», en *Actualidad Civil*, núm. 1, enero de 1998, págs. 27, 28 y 29.

(3) Los textos que hemos manejado son la proposición de Ley 122/000064, del BOCG, de 12 de septiembre del 94, de Protección social, económica y jurídica de la pareja, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. Asimismo, la proposición de Ley 122/000046, por la que se reconoce determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho, presentada por el Grupo Socialista del Congreso, BOCG de 8 de noviembre del 96. Por último, la proposición de Ley 122/000098, Orgánica de contrato de unión civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de 7 de octubre de 1997.

(4) En este sentido, GALLEGU DOMÍNGUEZ, IGNACIO, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 35 y sigs., da y aporta una terminología variada como matrimonio de hecho, relaciones de hecho, convivencia de hecho,

En nuestra opinión, y como ya hemos indicado anteriormente, el aspecto terminológico en sí y por sí no es el indicativo principal, pero lo que sí creo es que debe utilizarse un término que sea entendido por todos y que no albergue dudas razonables que impida saber lo que estamos juzgando y analizando; por ello, la terminología de unión de hecho, la de parejas no casadas, incluso la de unión libre, pueden ser buenos puntos de referencia y partida para empezar a analizar la institución y su problemática.

B) *Concepto*. Vamos a partir de los textos españoles citados.

El artículo 1.º de la proposición socialista establece: «Lo previsto en la presente Ley será de aplicación a quienes convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de su orientación sexual, mayores de edad o menores emancipados...»

El artículo 1.º de la proposición de Izquierda Unida establece: «Todas las familias tienen la misma protección social, económica y jurídica, así tengan su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual».

Por su parte, el artículo 1.º de la proposición de Ley del Partido Popular, proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil, establece que: «por el contrato de unión civil dos personas físicas, mayores de edad, acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua». Como puede apreciarse, y ahora es buen momento para indicarlo, el texto del Partido Popular pone el énfasis en el aspecto contractual de la unión, ya que de una simple lectura del texto aparece mencionada varias veces la palabra contrato, e incluso con la denominación que se da a la proposición, haciendo referencia al contrato de unión civil.

Todo este conjunto de denominaciones, conceptos y contenidos, nos irá sirviendo para ver el entramado de los elementos que confluyen en la institución a estudiar, tanto por los sujetos como por el objeto, como por los elementos formales, quizá aplicando el esquema de los elementos esenciales de un contrato, distribuyendo los elementos subjetivos, los objetivos y los formales.

También en la Doctrina se han ido desgranando multitud de definiciones para la institución (5). Entre las muchas definiciones que se han aportado, GALLEGO DOMÍNGUEZ define a la pareja de hecho como: «La unión de un hombre y una mujer, sin necesidad de formalidades en su constitución, que

familia de hecho, unión de hecho, unión marital de hecho, situación de hecho equivalente al matrimonio; también vivir en matrimonio, unión o relación de afectividad análoga al matrimonio, parejas no casadas, unión extramatrimonial; incluso el concubinato común, por ejemplo, en Francia y en muchos países sudamericanos.

(5) En este sentido, ver las definiciones recogidas por IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ en la nota núm. 3, *ob cit*, pág. 48.

se manifiesta externamente y que conforma una comunidad de vida, continuada y estable en un mismo hogar» (6).

Quizá lo más importante no es el partir de una definición predeterminada, sino más bien el ir analizando lo que queremos regular, sabiendo quiénes son los sujetos, su objeto y el contenido, los derechos y obligaciones que de esa relación se deriven y la forma que va a tomar para surgir la unión de hecho al mundo jurídico en sus relaciones tanto internas como con los terceros. Solo así quizá podamos, por el procedimiento de abstracción, muy adecuado en la ciencia jurídica, el conseguir llegar a una definición.

C) *Elementos que configuran las uniones de hecho*

a) Los sujetos. Un primer punto de partida es el establecer quiénes van a formar parte de esa unión de hecho, teniendo en cuenta tanto el sexo de los convivientes como los criterios de capacidad, tanto desde el punto de vista de la edad, así como de las incapacidades, por razones de vínculos matrimoniales anteriores, parentesco, etc.

El texto socialista permite claramente que estas uniones de hecho la formen tanto parejas homosexuales como las heterosexuales, como ya había contemplado la Ley 29/94, de 24 de noviembre, sobre arrendamientos urbanos, relativos a la sucesión por causa de muerte, y a las subrogaciones, como ya tendremos ocasión de reseñar en otro momento del trabajo. El mismo texto, en lo relativo a la edad, hace referencia a que tengan que ser mayores de edad o menores emancipados. El texto del Grupo Izquierda Unida también hace referencia, tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, sin hacer referencia específica a la edad. El texto del Partido Popular hace referencia a dos personas físicas mayores de edad, sin distinguir en cuanto al sexo de los que la integran.

En cuanto a la edad, no creo mayor obstáculo el que puedan acceder a estas uniones de hecho también los menores emancipados, como ocurre en la capacidad para contraer matrimonio, aunque se podría pensar que al tratarse de una institución más peculiar, cuyos rasgos más instintivos no se perfilan tan claramente como en el matrimonio, se debiera exigir en todo caso la mayoría de edad de ambos.

Todo ello en relación con la capacidad de los emancipados, en conexión con el derecho patrimonial, artículos 323 y 324 del Código Civil, así como también en conexión con la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales.

De todo lo anterior conviene hacer hincapié en la posibilidad de las parejas de hecho homosexuales, y si tendrían cabida en una regulación de este

(6) GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, *ob cit*, pág. 48

tipo, teniendo en cuenta lo que las proposiciones de ley han dicho sobre el tema, y ya hemos expuesto con anterioridad.

Se han aducido por algunos, criterios favorables a su regulación, es decir, que en las uniones de hecho se contemplen también las parejas homosexuales, indicándose que deben tener un marco jurídico adecuado, más aún, cuando en la institución del matrimonio no se les da cabida ni cobertura.

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Unión Europea, solicita para estos grupos los plenos derechos y beneficios del matrimonio. Sin embargo, unos meses más tarde, el propio Parlamento Europeo en Resolución de 14 de diciembre de 1994, sobre protección de las familias y unidades familiares, parece volver sobre sus pasos al no incluir dentro del ámbito de la familia a las parejas del mismo sexo, aunque sí lo hace con las heterosexuales casadas.

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una Sentencia fechada el 17 de febrero de este año, ha resuelto sobre un tema en íntima conexión con lo que estamos tratando, y que a modo de resumen es: «La denegación, por parte de un empresario, de una reducción en el precio de los transportes a favor de la persona, del mismo sexo, con la que el trabajador mantiene una relación estable, cuando tal reducción se concede a favor del cónyuge del trabajador o de la persona, de distinto sexo, con la que éste mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, no constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado CE o por la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975 (7).

Otro problema a tener en cuenta es el de la posibilidad o no de la adopción por parejas homosexuales. Como ya comentaremos en otro lugar de este trabajo, la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1987, de 11 de noviembre, referida a la adopción, por la que se modifica el Código Civil, prevé la posibilidad de poder ser adoptantes más de una persona, además de los cónyuges, el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, pero no por dos personas del mismo sexo; a pesar de ello, la Ley 71/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia, de la Generalidad Valenciana, regula la adopción de menores, y en el último inciso del párrafo 1.º indica: «No será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de núcleo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquéllos o aquéllas que soliciten la adopción». Como se ha indicado, y en base al juego del artículo 149.1.8 de la Constitución, «la Generalidad Valenciana no tiene competencia para legislar en

(7) Tomado de la *Revista Quincenal de Actualidad*, núm. 4, febrero de 1998. La Ley-Actualidad, S. A.

materia civil, y al ser la adopción una institución de Derecho Civil, queda fuera del ámbito de ésta...» (8).

Como en otras ocasiones, la regulación de las parejas de hecho homosexuales dependerá de la política legislativa y de la concepción general que de la institución se tenga, pero sí me parece un tema más delicado lo relativo a la adopción, donde considero, no debería de aprobarse.

Si no se regulasen estas parejas de hecho homosexuales, quedaría la posibilidad de que pudiesen otorgar determinados contratos que ofrece el propio Código Civil, y por la vía de la sucesión testada, en la medida que el sistema de legítimas permita, aparte de la teoría general del derecho concretada en el enriquecimiento sin causa. De los textos manejados, hemos visto la clara tendencia a su inclusión en la regulación de las parejas de hecho.

En cuanto a otros requisitos de capacidad o de las circunstancias que deben reunir los convivientes, es el texto socialista el que determina con mayor profusión las mismas. Como ya indicamos, el artículo 1 establece que los componentes de las parejas de hecho no pueden tener vínculos de parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad, y que ninguno esté unido por un vínculo matrimonial en vigor a otra persona, salvo en los supuestos en que la ruptura de dicho vínculo sea imposible por causas ajenas a su voluntad.

El texto del Grupo Popular indica que no podrán ser parte de un contrato de unión civil quien lo fuese de otro vigente o estuviese casado, no pudiendo otorgarse bajo término o condición.

En cuanto al parentesco, es necesario especificar este impedimento, y cuando el Grupo Socialista habla de primer o segundo grado de consanguinidad deberá incluir específicamente la línea recta y la colateral, entendiendo que en línea recta, el impedimento debe serlo en todos los grados, y en cuanto a la línea colateral, la duda puede estar en prohibirlo en el segundo grado o bien que alcance también el tercero, es decir, entre los tíos y los sobrinos. Por ello creemos que el texto socialista adolece de una falta de concreción. Parece lógico también el que no debe existir vínculo matrimonial para evitar las uniones adulterinas, aunque la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la Disposición Adicional 10.2, de Reforma del Código Civil, contemplaba indirectamente las uniones extramatrimoniales para equipararlas a las matrimoniales en materia de Seguridad Social, para aquellos casos en que no hubiese podido disolverse el matrimonio. Ello era consecuencia de que con anterioridad a la Reforma del 81 no existía la figura del divorcio, por esto esa Disposición Adicional debe entenderse aplicada de manera restrictiva en aquel momento,

(8) HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, «Las uniones de hecho: Derecho extranjero e iniciativas en el Derecho español», en la obra colectiva *Parejas de hecho*, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería, *ob. cit.*, pág. 225.

y diríamos como derecho excepcional. No obstante, pueden darse en la práctica supuestos en los que exista esa unión de hecho y alguno de los convivientes aún tenga vínculo matrimonial con un tercero, existiendo una separación de hecho con éste, por ello será necesario, en su caso, analizar el supuesto concreto teniendo en cuenta los efectos con los terceros, sobre todo si existen hijos extramatrimoniales, y en todo caso habrá de ser contemplada y estudiada en cuanto pueda favorecer a terceros (9).

b) Elementos objetivos. Al tratarse fundamentalmente de situaciones de hecho, y al no existir un vínculo matrimonial, lo que está claro es que se deben perfilar, aunque sean mínimamente, cuáles deben ser esos requisitos de contenido objetivo que deban configurar una auténtica unión de hecho o pareja de hecho. El contenido y elemento de la convivencia parece esencial con los problemas de prueba que ello puede conllevar; además, una cierta estabilidad que profile la institución, ya que el derecho no puede atender a unas meras relaciones ocasionales de amistad; además que se trate de una convivencia *more uxorio*

Los textos que hemos manejado como, por ejemplo, el del Grupo Socialista, hablan de convivencia en pareja de forma libre, pública y notoria en una relación de afectividad similar a la conyugal, y que se encuentren ligados de forma estable, al menos durante dos años, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastaría la mera convivencia. El texto de Izquierda Unida pone el énfasis en esa convivencia por análoga relación de afectividad, indicándose que esa convivencia podrá ser probada por cualquiera de los medios admitidos en derecho. El texto del Grupo Popular habla de convivencia y de prestación de ayuda mutua entre los convivientes, estableciendo que el contrato de unión civil no producirá en ningún caso efectos antes de transcurrido un año desde su formalización.

En nuestra opinión es necesario que esa convivencia *more uxorio* sea lo más estable posible, y parece lógico el que si hay hijos comunes, esa estabilidad se perfila con más claridad y fuerza. Los otros casos, el establecimiento de un plazo mínimo parece correcto por la propia esencia de la institución, ya que estamos regulando situaciones muy especiales y excepcionales. El problema es el determinar el plazo, plazo que en muchas normativas hispano-americanas se ha tenido en cuenta, existiendo diversas opiniones para ver qué plazo será el adecuado; la norma más reciente y que hace referencia a estas uniones de hecho es la ya citada Ley de 24 de noviembre de 1994, sobre arrendamientos urbanos, que hace referencia al plazo de dos años para la

(9) Sobre este tema tener en cuenta la Recomendación de R(88)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como pareja no casada, junto a su memoria explicativa. Reseñado por GALLEGU DOMÍNGUEZ, IGNACIO, *ob. cit.*, pág. 57.

obtención de determinados derechos, distinguiendo también si existe o no descendencia común para no haber necesidad de plazo (10).

Otro tema será el de las circunstancias que den forma a esa unión de hecho, o también, por decirlo de otra manera, la forma en que se puede acreditar esa existencia de la unión de hecho, conocida por todos, y que no quede simplemente en una relación particular que no trascienda a los terceros. En definitiva, la forma de esa unión o los elementos formales.

c) Los elementos formales. El proyecto socialista habla de que la Ley se aplicará a los que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, con el plazo que vimos de dos años, en forma estable, plazo que no será necesario si hay descendencia común. El artículo 2.º de la proposición socialista hace referencia a la acreditación, indicando que: «Las relaciones de convivencia previstas en el artículo anterior se acreditarán a través de la inscripción en los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, estableciendo también que cuando dichas relaciones se extingan, cualquiera de los convivientes deberá instar la cancelación de la inscripción en los registros correspondientes y/o la anulación de los documentos públicos, no pudiendo procederse a una nueva inscripción sin la previa cancelación de las preexistentes». La proposición de Izquierda Unida es más escueta y en su artículo 9.º, relativo a la prueba de la convivencia, hace referencia a que esta convivencia, basada en una relación afectiva, podrá ser probada por cualquiera de los medios admitidos en derecho, pudiendo las administraciones públicas crear registros destinados a la inscripción y prueba de la convivencia.

La proposición del Grupo Popular en su artículo 1.3 establece que: «el contrato de unión civil se otorgará ante notario y deberá inscribirse en el Registro Civil correspondiente a cada uno de los contratantes». En el punto 6 del mismo artículo establece que el contrato de unión civil quedará resuelto por matrimonio de una de las partes o a instancia de cualquiera de ellas, efectuada ante el juez encargado del Registro Civil ante el que se efectuó la inscripción. La resolución será comunicada por dicho encargado al Registro Civil de la otra parte y a esta misma...» Por último, el punto 7.º del artículo 1 establece la competencia en las demandas referidas a los derechos derivados del contrato de unión civil, siendo competente el juez de primera instancia del domicilio del demandado.

Del texto del Partido Popular podemos deducir los elementos formales de ese contrato de unión civil, es decir, el otorgamiento ante notario y la inscripción en el Registro Civil correspondiente a cada uno de los contratantes.

(10) Sobre estas cuestiones de plazo, vid., GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, *ob. cit.*, págs. 63 y sigs.

Como hemos venido indicando hay que distinguir la fase del nacimiento jurídico de la unión de hecho con todos los efectos que de ella se derivan, y otra su conexión con los terceros a través de la publicidad registral, como la que puede tener el matrimonio, que también es objeto de inscripción en el Registro Civil. Además en el texto del Grupo Popular se indica que el contrato de unión civil en ningún caso producirá efectos antes de transcurrir un año desde su formalización, siendo el documento público con carácter *ad-solemnitatem*.

Uno de los mayores problemas que pueden plantear las uniones de hecho es el de la prueba de subistencia, por ello, a través del mecanismo del documento público notarial y de su posterior fase de inscripción en el Registro Civil, se dará una fehaciencia que de otra manera sería más difícil de conseguir, y ello también implicaría una actuación de los convivientes, que muestran un especial interés por regularizar su situación, sabiendo además cuáles son los mecanismos que el ordenamiento les determina e impone, si quieren efectivamente que esa unión de hecho esté jurídicamente protegida para poder beneficiarse de los derechos que de ella se derivan y, consecuentemente, de las obligaciones. El plazo de esa relación parece necesario, como ya indicábamos, para conseguir dar a la unión cierta estabilidad y evitar, como ya decíamos, situaciones de interinidad que hacía muy difícil poder controlar y regular la situación.

En el proyecto del Grupo Socialista se daban dos alternativas a esta situación de prueba, al hablarse de documento público o de inscripción en los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o en los Ayuntamientos de los lugares de residencia. En la actualidad existen ya varios Ayuntamientos donde se ha abierto esta posibilidad, siendo el pionero el de Vitoria. Han existido diversidad de criterios desde aquéllos en los que no tienen acceso las uniones homosexuales, hasta los que sí las han permitido, pasando por los que permitían la inscripción aunque existiera vínculo matrimonial en algunos de los convivientes, hasta aquéllos que no lo permitían. Se trata, en definitiva, de tener algún medio para acreditar estas situaciones a modo de prueba, cara a los posibles efectos que de ella se puedan derivar. Nos parece de todo punto inadecuada la vía de la creación de los Registros en los Ayuntamientos para la publicidad y para la producción de efectos en las uniones de hecho por una simple lectura del artículo 149.1.8 de la Constitución española, siendo más lógico el Registro Civil como vía de acceso a estas uniones de hecho en el sentido que a continuación veremos, y que ha sido recogido en el texto del Grupo Popular.

En nuestra opinión, parece más adecuado, en principio, ese doble control, tanto del documento público notarial como el de la conexión con el Registro Civil, y parece lógico esa conexión con el Registro Civil porque se trata de

una institución ya consolidada, conocida por todos, y donde está relacionada con otros acontecimientos de los convivientes, como pueda ser el asiento de nacimiento.

Por último indicar que el texto de Izquierda Unida no establece ningún mecanismo especial, haciendo una referencia genérica, como ya hemos visto en el artículo 9.º, relativo a que en la convivencia basada en una relación afectiva, podrá ser probada por cualquiera de los medios admitidos en derecho. Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, las Administraciones Públicas podrán crear registros destinados a la inscripción y prueba de la convivencia.

III. EFECTOS DE LAS UNIONES DE HECHO. CONTENIDO

A) EFECTOS EN LA ESFERA PATRIMONIAL

Es quizá éste uno de los puntos más conflictivos que se plantean en las uniones de hecho, sobre todo en el momento en que se extingue la relación, bien por acuerdo de las partes de forma voluntaria, o bien de forma traumática y no consentida. La situación actual en nuestro país es complicada a falta de una regulación legal, aunque existe jurisprudencia variada sobre el tema con relación a algunos aspectos patrimoniales, así como también desde el punto de vista doctrinal.

Algunas posturas consideran que a estas uniones de hecho en defecto de ningún pacto o regulación, se les debería aplicar las reglas del régimen económico-matrimonial legal de primer grado, que en el Derecho civil común sería el de gananciales; otros postulan a que sólo es posible esta aplicación cuando así lo hayan establecido o pactado expresamente, y otros que no es posible aplicar las normas de los regímenes económicos-matrimoniales en ningún caso, hayan sido pactados o no.

También se ha considerado la posibilidad de la existencia de una comunidad de bienes tipo romana (arts. 392 y sigs. del Código Civil) para todo el tiempo de la convivencia; otros piensan que sólo se podrá argumentar ese esquema en cada bien concreto, caso por caso, pero no en general a todos los que se adquieran o compartan de manera genérica y predeterminada. También se ha estudiado la posibilidad de la existencia de una sociedad civil de las reguladas en el Código Civil, en las dos modalidades que prevé el artículo 1.672 de dicho texto, donde regula la sociedad universal de todos los bienes presentes o de todas las ganancias (arts. 1.673 y 1.674); encajando más de lleno en la modalidad de la sociedad universal de ganancias que en la de los bienes presentes. También se ha querido encuadrar

estos aspectos patrimoniales en las sociedades de hecho, en conexión con el artículo 1.669 del Código Civil, que hace referencia a las sociedades ocultas que se regirán por las disposiciones relativas a las comunidades de bienes (11).

De los tres textos manejados es el del Partido Popular el que hace una referencia expresa a este tema, al establecer en el artículo 1.º, número 4 que: «El régimen económico de estas uniones será dispuesto expresamente en el contrato de entre las modalidades establecidas en el Código Civil».

Se está refiriendo a uno de los tres regímenes económicos-matrimoniales regulados en el Código Civil, es decir, el de las sociedades gananciales, el de separación de bienes o el de partición, incluso pensamos nosotros pudiendo hacer una mezcla de unos y otros. De esta manera, se obliga a los convivientes a pactar expresamente su régimen económico, y de esta manera se tiene la ventaja de que la unión de hecho no estará huérfana de regulación en este aspecto, pues es requisito ineludible para la validez del contrato el que expresamente se pacte, no pudiendo quedar al arbitrio de los contratantes el establecerlo o no, como ocurre en otros apartados del artículo 1 de dicho texto. Como inconveniente de técnica legislativa y de fundamento y naturaleza de instituciones, se tiene el que hay que volver a extrapolar y aplicar la analogía de unas instituciones a otras, cuando su punto de partida es diferente y cuando en la mayoría de los casos los contratantes no han acudido a la vía de la institución matrimonial. Entendemos que en los territorios de Derecho civil especial o foral también podrían pactarse los regímenes económicos específicos de esos territorios, por lo que el texto debería modificarse en ese sentido.

En este tema es interesante el partir de unos principios generales, y siguiendo al profesor MORENO QUESADA, serían el del reconocimiento a la libertad de creación, es decir, el reconocer la existencia de las parejas de hecho, así como la existencia de actuaciones jurídicas de naturaleza patrimonial que impliquen a los convivientes, ya que no por el simple hecho de esa convivencia pueden darse consecuencias económicas, ya que puede existir una plena independencia, incluso voluntaria, como se deriva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1994, e incluso se cita en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992, en la inaplicabilidad de los regímenes matrimoniales, cuando expresa que el lucro de los gananciales sólo se justifica en función de la comunidad de vida. También se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1994 para justificar este argumento de la inaplicabilidad de los regímenes matrimoniales previstos en la Ley por razones jurídico-privadas como es la existencia de voluntad presunta de los propios convivientes, y esta última sentencia indica que las uniones

(11) GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, *ob cit*, págs. 125 y sigs.

more uxorio no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serle aplicadas sus normas reguladoras (12).

Como complemento a lo planteado líneas arriba, en relación a qué Institución o Instituciones, desde el punto de vista de los efectos patrimoniales, pueden encajar mejor en el tema de las uniones de hecho, aparece la comunidad de bienes incidental de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, así como la derivada de una sociedad irregular, por ejemplo, la del artículo 1.669 del mismo texto legal, y por otra parte la comunidad de bienes convencional, bien por pacto expreso o tácito. Partiendo de este esquema, el profesor MORENO QUESADA se centra en la comunidad de bienes convencional, haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1993, que rechaza la aplicabilidad de las normas del régimen económico-matrimonial, apoyándose en la misma al decir «que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos o la *facta concludentia* debe inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho», y defendiendo al mismo tiempo, el citado profesor, la posibilidad de esa comunidad convencional con un carácter de mayor continuidad, no en un bien concreto, sino poniendo en común unos bienes que les pertenecían, que adquieren en ese momento o que adquirirán con posterioridad, siendo contrario a esta idea el profesor MIQUEL (13).

La dificultad grande está en establecer un sistema específico, creado *ex novo* para las uniones de hecho, ahora referido a los aspectos patrimoniales donde debería evitarse una remisión genérica a los regímenes establecidos para el matrimonio; ello puede ofrecer, a primera vista, más dificultades, pero a la larga supondrá una depuración técnica, desde el punto de vista jurídico mayor.

Por último quedará la posibilidad del artículo 1.255 del Código Civil, es decir, el principio de autonomía de la voluntad contractual, donde los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen más convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

(12) MORENO QUESADA, BERNARDO, «La comunidad de bienes surgida en la convivencia de parejas de hecho», en la obra colectiva *Parejas de hecho*, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería, *ob. cit.*, págs. 64-66

(13) MORENO QUESADA, BERNARDO, *ob. cit.*, págs. 71-73. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil*, Editorial EDERSA.

B) EFECTOS EN EL CAMPO SUCESORIO

1. *La sucesión testada y la forzosa.* Al hacer referencia a este apartado es necesario distinguir, básicamente, la sucesión testada de la intestada, y la llamada sucesión forzosa o legitimaria. En el Código Civil, con independencia de lo que especifican otros Derechos Civiles Especiales o Forales, el cónyuge viudo tiene determinada una porción fijada en la cuota legal o legítima, definiéndolo el artículo 807 del Código Civil como heredero forzoso, aunque esta denominación no es muy afortunada, pudiéndose hablar de titular de derechos legitimarios. Ese apartado regulado en los derechos del cónyuge viudo determina una fijación de la cuota legal, con mayor o menor amplitud, estableciéndose un usufructo en favor del cónyuge viudo. Pueden existir dos posibles posturas: Una primera es entender que se debería atribuir al conviviente del difunto los mismos derechos que tendría el cónyuge viudo, es decir, la cuota legal usufructuaria o, en su caso, la posibilidad de la conmutación del usufructo. Otra postura es entender que no debe concedérsele ninguno de estos derechos, en ninguna reforma legislativa, porque la base y el fundamento que tienen estos derechos no se basan en la convivencia, sino en el propio matrimonio (14).

En materia de sucesión testada, el testador causante quedará sometido, con relación al compañero, a las reglas generales de las legítimas, y dependiendo de la existencia o no de legitimarios el compañero tendrá la misma consideración que un extraño, y en igual medida con relación a las donaciones, aplicándose las reglas generales de la inoficiosidad y de colación. De ahí que si no se le reconocen en una futura norma, al compañero superstite, derechos legitimarios, y existen descendientes del testador causante por el artículo 813 del Código Civil, no podrá imponerse sobre la legítima de éstos ningún gravamen a favor del compañero superstite.

En este sentido, el texto del Grupo Socialista no concede derechos legitimarios al compañero del difunto. El Grupo Popular tampoco los concede. En cambio, como ya vimos hace referencia el artículo 1.º, número 5, a que las partes del contrato de unión civil podrán establecer en el mismo efectos sucesorios, existiendo también una mención en el artículo 8 del texto Popular relativo a la modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Se-

(14) PANTALEÓN PRIETO, A. FERNANDO indica que: «Yo me declaro contrario a conceder al compañero o compañera los derechos legitimarios... que se otorgan al cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como en la intestada. Por la siguiente razón: me parece claro que, en la concepción del legislador, los derechos legitimarios del cónyuge viudo tienen su fundamento, no en las relaciones de convivencia y afecto entre los cónyuges, sino, precisa y cabalmente en la existencia del matrimonio: esto es, en la existencia y cumplimiento de los derechos conyugales.. para y por parte del cónyuge superstite» Reseñado en la nota 18 por GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, *ob. cit.*, pág. 331.

guridad Social, introduciendo un nuevo párrafo en el artículo 174 de dicha ley al hacer referencia al derecho a pensión, concediéndosela a los ligados por un contrato de unión civil, siempre que tuviera al menos tres años de duración y siempre que en dicho contrato se reconocieran a su favor derechos sucesorios con idéntico alcance al establecido en el Código Civil a favor del cónyuge. De la lectura de este artículo podría pensarse en que se está abriendo paso a la concesión de esos derechos legitimarios, pero ello debería hacerse en sede del Código Civil en el artículo 807, y en la sección relativa a los derechos del cónyuge viudo, pero no en una modificación incidental de la Ley General de Seguridad Social, ya que esto supone una barbaridad jurídica desde el punto de vista técnico y práctico, que debe ser subsanada, dejando aclarado el tema en una cuestión tan importante.

Con independencia de lo indicado, ofrece curiosidad que en el proyecto Popular podrán los contratantes, con carácter optativo y no imperativo, establecer en el mismo efectos sucesorios. Este esquema, en el ámbito del Derecho civil común, rompe los esquemas básicos que lo presiden en materia sucesoria, ya que parece deducirse del texto la introducción de una sucesión contractual que, como sabemos, queda fuera de los esquemas básicos del derecho de sucesiones, en el Derecho civil común, salvo algunos supuestos muy discutidos por la doctrina; sucesión contractual que sí que tiene encaje en determinados territorios de Derecho civil especial o foral. Por ello discrepo de esta vía de introducción de los efectos sucesorios en el contrato de unión civil, siendo la forma adecuada la del testamento, por ello debería suprimirse este apartado y, acudiendo a la forma testamentaria, reconocer los efectos sucesorios pertinentes, con o sin derechos legitimarios, según el legislador quiera introducirlos o no en el Código Civil y/o en los Derechos Civiles Especiales o Forales en favor del compañero o conviviente del difunto. Se ha indicado, en relación con lo anterior, que «se trata de determinar en qué el testamento otorgado en ejecución de un pacto de contenido sucesorio está viciado de nulidad, habida cuenta de que falta en su otorgamiento la libertad y espontaneidad que debe inspirar el acto testamentario» (15). Creemos que con los principios generales establecidos en nuestro Código Civil, esos efectos sucesorios deben plasmarse en el testamento, sin estar sujeto a ningún tipo de pacto sucesorio que provenga de otro documento que no tenga esa forma, y sin que el testamento pueda estar en modo alguno condicionado de antemano, y en consecuencia, dando el carácter de nulidad a lo así plasmado en otra forma distinta a la testamentaria.

Es en este punto donde, en mi opinión, el texto del Grupo Popular es muy indeterminado, y está muy poco elaborado, necesitando una reforma total a

(15) TORRES ESCÁMEZ, SALVADOR, «La sucesión *mortis causa* del conviviente *more uxorio*», en la obra colectiva *Parejas de hecho...*, *ob cit*, pág. 128.

fin de aclarar los conceptos, acudiendo a las normas básicas del Código Civil en este tema, porque si no se producirá un desbarajuste y desconcierto totales, y muy difícil de resolver a posteriori.

2. *Sucesión intestada*. En materia de sucesión intestada, tanto el texto del Grupo Socialista como el de Izquierda Unida, sí que establecen una modificación de los artículos 913, 943, 944 y 954 del Código Civil. Así como botón de muestra la nueva redacción que se propone en el texto socialista del artículo 913 del Código Civil es la siguiente: «A falta de herederos testamentarios, la Ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo, viuda o persona que hubiere venido conviviendo de forma permanente con el difunto en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, y al Estado». En este caso, sí se concede al conviviente de hecho el orden de suceder en la intestada, y en la propia Exposición de Motivos se indica que se trata de equipararlo al cónyuge sólo a los efectos de la sucesión intestada por razón de los vínculos afectivos y de convivencia generados en el seno de la unión de hecho.

En el campo de la sucesión intestada ha habido en el campo de la Doctrina una mayor inclinación a que el conviviente de hecho esté incluido en el orden sucesorio no testamentario (16). Como hemos indicado, el proyecto del Grupo Popular no hace referencia a ningún derecho en la sucesión intestada en favor del conviviente superstite.

Como podemos observar todo es cuestión de decisión política para conceder o no derechos legitimarios al conviviente superstite o en su caso derechos en la intestada, aunque se quiera buscar otros fundamentos de carácter jurídico, pues en ambos casos se podría tomar una u otra postura.

IV. REFERENCIAS LEGISLATIVAS EN ESPAÑA A LAS PAREJAS DE HECHO

En el campo del Derecho Civil existen referencias a las parejas de hecho en algunos aspectos del mismo. Así, el artículo 101 del Código Civil, relativo a la extinción del derecho de pensión, incluye como causa el contraer el acreedor nuevo matrimonio o por convivir maritalmente con otra persona, ello en conexión con el artículo 97 del Código Civil. El artículo 320 del Código Civil, al hacer referencia a la emancipación judicial, prevé uno de los casos para cuando quien ejerza la patria potestad, contrajere nupcias o conviviere maritalmente con otra persona.

(16) PANTALEÓN PRIETO, A. FERNANDO es partidario de reconocer al conviviente superstite derechos en la sucesión abintestato, como los tiene reconocidos el cónyuge. Reseñado por GALLEG0 DOMÍNGUEZ, IGNACIO en la nota 22, *ob. cit.*, pág. 332.

La Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, relativa a la adopción, permite la adopción simultánea de dos personas como adoptantes, además a los cónyuges, al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, relativa a la Reforma del Matrimonio en el Código Civil, en su Disposición Adicional décima reconoce o atribuye derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a la Pensión de Viudedad, a quienes no hubieren podido contraer matrimonio, pero hubieren vivido como tal; se trata, en este caso, de una norma muy especial que estaba pensada para las situaciones anteriores a la Reforma del 81, donde no era posible la disolución del vínculo matrimonial por divorcio.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, contempla las uniones de hecho en los artículos 4, 6 y 8.

En el campo del Derecho Penal, en concreto en el Código Penal, tipifica los malos tratos entre cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad.

La Ley sobre Derecho de Asilo, de 26 de marzo de 1984, en su artículo 101 concede el derecho al cónyuge de quien lo solicita o a la persona con quien se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia.

El artículo 391 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativo a la no pertenencia a la misma Sala simultáneamente, de Magistrados que estén unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, así como el artículo 219 de la misma Ley, referido a las causas de abstención y recusación de Jueces y Magistrados.

La nueva Ley 29/1994, de 4 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, ha introducido como novedad la equiparación de los cónyuges a las personas que convivan de forma permanente en análoga relación de afectividad de la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, estableciendo así un concepto muy amplio de las uniones de hecho al contemplar tanto las heterosexuales como las homosexuales; así también el artículo 16, relativo a las subrogaciones *mortis causa* para el caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato, el cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él, la persona que hubier venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. Asimismo, la Disposición Transitoria segunda de esta Ley, que hace referencia a los contratos de arrendamiento de vivienda, celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, al regular la extinción y subrogación del contrato, en cuanto a las personas con derecho a subrogarse, establece un reconocimiento

a dichos derechos, no solamente al cónyuge, sino también a la persona que hubiera venido conviviendo en el mismo sentido que hemos indicado.

También se han hecho referencias a artículos de la Constitución como el 32, que regula el matrimonio, y el 39 que protege genéricamente a la familia. La Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, de 11 de noviembre de 1995, reconoce en su artículo 2 la condición de beneficiaria a título de víctima indirecta, a la persona que hubiere convivido con el fallecido con análoga condición de afectividad a la del cónyuge, con independencia de la orientación sexual, al menos los dos años anteriores (17).

V. LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO (18)

Es quizá en los Derechos iberoamericanos, como más cercanos a nuestro entorno cultural e histórico, donde existe mayor regulación sobre el tema de las parejas de hecho, encontrándonos países donde la regulación es más extensa, y otros donde es más puntual. Entre aquéllos que dictan regulaciones más generales o extensas se encuentra el Código de Familia de Bolivia, el Código Civil de Guatemala, el Código de Familia de Cuba, el Código de Familia del Estado de Zacatecas (México), el Código Civil del Distrito Federal de México de 1928, el Código de Familia del Estado de Hidalgo (que dentro de los de México es el que regula el fenómeno de una manera más amplia). Existen otros países iberoamericanos donde se regulan fundamentalmente los efectos en la esfera patrimonial como el Código Civil de Panamá, modificado por el artículo 6 de la Ley 18/1992, de 31 de julio, los Códigos Civiles de Paraguay, Perú y Venezuela. Como se ha indicado en otros países de Iberoamérica, como Puerto Rico y Argentina, donde no existe una regulación de las uniones de hecho, pero sí una abundante jurisprudencia que ha intentado ir perfilando dichos efectos (19).

(17) MAGRO SERVET, VICENTE, «¿Parejas de hecho o de derecho?», en *La Ley*, jueves 5 de marzo de 1998, núm. 4.493, pág. 5.

En cuanto a las normas que hacen referencia a las uniones de hecho, también HERRERA CAMPOS, RAMÓN, dentro de la obra colectiva *Parejas de hecho*, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería. Director: Ramón Herrera Campos. Secretario: Alberto Agüero de Juan. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Granada, 1996, págs. 51 y sigs.

(18) MARTÍN CASALS, MIQUEL, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», en *ADC*, octubre-diciembre 1995, págs. 1709 y sigs.

Asimismo, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, «Las uniones de hecho: Derecho extranjero e iniciativas en el Derecho español», en la obra colectiva *Parejas de hecho*, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería, *ob. cit.*, pág. 199 y sigs.

(19) Reseñado por HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, *ob. cit.*, pág. 202 y sigs.

En cuanto a otros países, el profesor MARTÍN CASALS estudia en los diversos campos del Derecho Público y Privado, la regulación de las uniones de hecho.

Así en el Derecho Privado, las relaciones con terceros, la subrogación en el arrendamiento de vivienda, las indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho, las relaciones entre los convivientes, los derechos sucesorios del cónyuge superstite, etc., realizando una distinción entre aquellos países en los que no existe una regulación legal específica, y aquellos otros que sí la tienen. Entre los primeros se encuentran Francia, Italia, Gran Bretaña, Alemania, etc.; y entre los segundos, Suecia, Australia y Canadá. Y en este sentido indica que «la mayoría de los países europeos han optado por no regular la pareja de hecho, ni tan sólo de un modo parcial. Incluso se ha resistido a legislar sobre la materia, por el deseo de preservar la institución matrimonial, un país como Dinamarca, que desde el 1 de octubre de 1989 cuenta con una institución equiparable al matrimonio homosexual y admite que estas parejas puedan inscribirse oficialmente para obtener así unos derechos análogos a los que la Ley reconoce al matrimonio heterosexual (pensiones, derechos sucesorios y derecho a la vivienda familiar). Suecia, en cambio, con ocasión de las reformas del Derecho Matrimonial llevadas a cabo a partir de la segunda mitad de los años ochenta, ha desarrollado una regulación parcial y específica que data de principios de los setenta y que aún hoy se refiere exclusivamente a la atribución y al reparto de la vivienda común de los convivientes de hecho y de su correspondiente ajuar doméstico» (20).

VI. ALGUNOS ASPECTOS DE LA JURISPRUDENCIA Y LAS UNIONES DE HECHO

Existe una sentencia básica en este tema del Tribunal Constitucional que ha sido muy analizada por la Doctrina, y es la Sentencia 66/1994, de 28 de febrero, en la que no se concede el amparo solicitado en un caso de pensión de viudedad, solicitada por el conviviente de hecho superstite, partiendo la misma del principio de que no se vulnera la esencia del artículo 39.1 de la Carta Magna, cuando el legislador dicte normas que pueden favorecer el Derecho constitucional a contraer matrimonio, teniendo en cuenta que «no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer vínculo matrimonial» (21).

(20) MARTÍN CASALS, MIQUEL, *ob. cit.*, pág. 1765 y sigs.

(21) Reseñado por MARTÍN CASALS, *ob. cit.*, págs. 1710 y 1711.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, incluso cambiando criterios anteriores, reconoce que en los arrendamientos urbanos debe concederse el derecho a la subrogación *mortis causa* al conviviente *more uxorio*, declarando, en consecuencia, inconstitucional en este aspecto al artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964; posteriormente, como hemos tenido ocasión de estudiar la Ley de Arrendamientos Urbanos del 94, ya reconoce estos derechos al conviviente de hecho y no solamente en la subrogación *mortis causa*.

También muchas sentencias del Tribunal Supremo han tratado el tema de las uniones de hecho, sobre todo en aspectos puntuales, centrados principalmente en las cuestiones patrimoniales para resolver los problemas que se planteaban en el sentido de analizar qué normas se podrían aplicar a estas uniones, partiendo asimismo de Principios Generales del Derecho, como la Teoría del Enriquecimiento Injusto, y algunas de estas sentencias se han ido comentando a lo largo de este trabajo en el estudio correspondiente de los efectos patrimoniales de las uniones de hecho.

VII. OTRAS MODIFICACIONES QUE INTRODUCEN LAS PROPOSICIONES DE LEY ANALIZADAS

Aparte de lo ya estudiado, las proposiciones de Ley que hemos manejado en su articulado plantean otras modificaciones.

Así la del *Grupo Popular* introduce reformas en:

- Los artículos 181, 182, 184 y 189 del Código Civil, sobre la Declaración de Ausencia, haciendo referencia al conviviente vinculado por contrato vigente de unión civil.
- También modificación en el Código Penal, en concreto el artículo 23, relativo a las circunstancias que pueden atenuar o agravar la responsabilidad.
- Modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial a los números 1 y 2 del artículo 219 y 391, párrafo 1.º, que como hemos tenido ocasión de ver, ya hacían referencia antes a las uniones de hecho.
- Modificación de la Ley del *Habeas Corpus*, en concreto se da una nueva redacción al artículo 3.a) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.
- Modificaciones en la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, artículos 4.1, 11.1.a) y b), 13.1, 20.1, 22.4.c) y 39.3.
- Modificación de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, relativo al artículo 37 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, que establece el concepto de unidad familiar.

- Modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en el Texto Refundido del Real Decreto-Legislativo de 24 de marzo de 1995, reformando el artículo 1.3.e)
- Modificaciones en la Ley General de la Seguridad Social del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los artículos 7.2, 173, 177.1, y añadiendo un nuevo párrafo al apartado 1.º del artículo 174, teniendo en cuenta que el centro de la reforma se orienta a los auxilios por defunción, al derecho a la pensión y al derecho a indemnización.
- Por último, modificaciones en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública y de la Ley de Clases Pasivas del Estado, modificándose los artículos 20.1 y 29.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de la Función Pública, y el apartado 1 del artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas, aprobada por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

En todos los casos citados anteriormente, la modificación consiste en que se hace referencia al cónyuge, y se introduce, «o persona vinculada por contrato de unión civil», exigiendo en algún caso un plazo más largo que el que establece la proposición en el artículo 1.º, como es el supuesto del artículo 174.1 de la ya citada Ley de Seguridad Social, a los efectos a obtener derecho a una pensión en favor de quien se encontrare ligado al causante por un contrato de unión civil, concertado en legal forma al menos tres años antes del fallecimiento.

En cuanto a la proposición del *Grupo Socialista* son muy parecidas las modificaciones que se plantean en estas Leyes antes citadas, con la salvedad de que no hable de aquéllos que estén unidos por un contrato de unión civil, sino por las personas unidas de forma permanente en análoga relación de afectividad a la conyugal con independencia de su orientación sexual.

- Se introduce, sin embargo, por el Grupo Socialista una modificación del Código Civil, a los efectos de extender a los convivientes la obligación de prestarse alimentos, prevista, entre otros, para los cónyuges en los artículos 143.1 y 144.1, además de lo que dijimos sobre los derechos hereditarios del conviviente en la sucesión intestada.

La proposición de Ley de *Izquierda Unida* introduce también otras modificaciones en el Código Civil como:

- La relativa al apartado 4.º del artículo 14 y la letra d) del apartado 1 del artículo 15, en materia de vecindad civil.
- Y las letras d) y e) del apartado 2 del artículo 22, relativo a la nacionalidad.

- Modificando también el artículo 202 sobre las personas a las que corresponde promover la declaración de incapacidad, y el 294 en la declaración de prodigalidad, y el número 2 del artículo 756 referente a las causas de indignidad.
- La del artículo 1.040, referente a las donaciones que no se traen a colación, y el artículo 1.247 en cuanto a las incapacidades para ser testigo.
- Se proponen reformas en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, al igual que el Grupo Popular en la modificación del artículo 16.b) de la Ley de Arrendamientos Urbanos del 94.
- También, específicamente, la modificación del Código Penal en el artículo 165 y el número 4.º del 173, teniendo las demás modificaciones bastantes similitudes con las ya citadas en los otros textos.

VIII. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente analizado debe deducirse la necesidad de una regulación específica y lo más completa posible de las uniones de hecho, por tratarse de una realidad social que está ahí y a la que el Derecho no debe dar la espalda, pero siempre dentro de un esquema claro y concreto buscando soluciones imaginativas desde el punto de vista jurídico y evitando, en la medida de lo posible, acudir al recurso fácil de la analogía de otras instituciones como puede ser la del matrimonio, que ello nos conduciría irremediablemente a la desnaturalización de ambas instituciones. En este sentido, en 1994 se presentaron en el Parlamento de Cataluña las Proposiciones de Ley del Grupo Parlamentario de Iniciativa per Catalunya y del Grupo Socialista (PGS) a los efectos de regular las parejas de hecho. Con independencia de que en nuestra opinión es bastante dudoso que el Parlamento de Cataluña tenga competencias para poder regular esta institución, partiendo del propio artículo 149.1.8.ª de la Constitución española, en conexión con el 9.2 del Estatuto de Autonomía; este hecho nos sirve de excusa para recoger las interesantes opiniones del profesor MARTÍN CASALS, que se plantea una posible regulación catalana en el marco de un futuro Código de Familia catalán, desde el punto de vista de los aspectos civiles de las parejas de hecho, sobre todo en materia patrimonial, estableciendo las siguientes líneas generales: «Pleno respeto a la libertad matrimonial; justa división y distribución de los bienes adquiridos por ambos convivientes en ciertos casos y circunstancias; compensación de las contribuciones económicas indirectas y de dedicación al hogar y a los hijos para evitar el enriquecimiento injustificado de uno de los convivientes en perjuicio del otro cuando éste se haya producido efectivamente, y exclusión de alimentos entre ex-convivientes fuera de alguna excep-

ción puntual y claramente delimitada» (22). Por último, reseñar que en la prensa ha salido a la luz la existencia de un documento autorizado por notario, en La Coruña, que está despistando a la opinión pública, pues se habla de matrimonio por plazo determinado, cuando sabemos que eso es imposible; el fondo de ese documento es que se trata de una unión de hecho que ha querido plasmarse ante notario, pero sin que exista una regulación sobre las mismas; de ahí la necesidad de que pronto se regulen de una vez estas uniones de hecho.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS
Notario de Cuéllar (Segovia)
del Ilustre Colegio Notarial de Madrid
Notario adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado

(22) MARTÍN CASALS, MIQUEL, *ob. cit.*, pág. 1799

Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España (1)

SUMARIO: I. PREAMBULO.—II. DERECHO DEL CONSUMO Y DERECHO DE LOS CONTRATOS. POLITICA JURIDICA SOBRE PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y REVISION DEL DERECHO DE LA CONTRATACION EN ESPAÑA.—III. BUENA FE Y JURISPRUDENCIA SOBRE CLAUSULAS ABUSIVAS. UNA APROXIMACION AL CONCEPTO DE BUENA FE APLICADO A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS: a) PREMISAS. b) APROXIMACIONES DOCTRINALES. c) POSICIÓN ADOPTADA COMO PUNTO DE PARTIDA. d) CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: SU APLICACIÓN POR JUECES Y TRIBUNALES.—IV. EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS: a) EL PUNTO DE PARTIDA DEL CONTROL DEL CONTENIDO: EL CONCEPTO DE LA BUENA FE. b) TEORÍA SINTETIZADORA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL. c) OTRAS PAUTAS COMPLEMENTARIAS EN EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. d) BREVE CONSIDERACIÓN PARTICULAR SOBRE EL ARTÍCULO 3.3.º DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO.

I. PREAMBULO

Se viene subrayando con acierto que uno de los temas de más honda trascendencia, dentro del actual proceso de transformación del *Derecho Privado Patrimonial*, es el que afecta a las condiciones generales de la contratación, y esto en razón de la especial incidencia que puede tener dentro del conjunto del *Derecho de los Contratos*, cuya legislación permanece anclada en los mismos presupuestos liberales e individualistas de antaño, tal y como fueron sancionados o recogidos en los decimonónicos Códigos de Comercio y Código Ci-

(1) Este trabajo forma parte de un estudio más amplio financiado por la **Dirección General de Enseñanza Superior** bajo el título «Problemas actuales del Derecho de sociedades y de la contratación en el sector servicios», dentro del *Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento (Proyecto PB 96-0548)*

vil (2). No cabe duda que algunos de aquellos presupuestos sobre los que se fundamentaba la propia concepción del contrato por parte de los codificadores está sufriendo, desde hace ya bastantes años, una revisión paulatina y, tal vez, soterrada, merced a las cambiantes circunstancias del tráfico jurídico, uno de cuyos pilares básicos es el de las condiciones generales y todo lo que con ellas va anejo. En todo caso puede decirse, sin temor a exagerar, que estamos ante una de las reformas más importantes del *Derecho de los contratos*, por cuanto que, según el parecer de algunos, se trata de la norma más importante del Derecho contractual desde la misma publicación del Código Civil (3).

Mucho se ha escrito también sobre las condiciones generales de la contratación, sin que en nuestro país se haya llegado a aprobar un texto legal sobre el particular sino desde hace tan sólo unos días. Ha sido precisamente la legislación comunitaria la excusa que enfrió en un postrer momento los intentos por llevar a buen puerto el último Anteproyecto legal que venía divulgándose oficiosamente desde 1992 (4). En efecto, fue precisamente la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, la que pospuso por esas fechas los intentos de reforma, y todo ello en aras, precisamente, de dar una solución unitaria a una serie de problemas que afectan a uno de los núcleos fundamentales de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984* (en adelante LCU), y que no es otro que el de las cláusulas abusivas. Parece que con ocasión de la necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, en lo atinente a las cláusulas abusivas, se ha pretendido aprovechar para introducir *ex novo* en nuestro ordenamiento, de una vez por todas, la que ya se denomina *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación* (en adelante LCGC) (5). Es oportuno

(2) Por todos puede verse en E. POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, págs. 25 y sigs., y *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 53 sigs.

(3) El juicio es del actual Director General de Registros y Notariado, L. M. CABELLO, en un artículo publicado en el diario *Expansión*, «Proteger a los consumidores de la letra pequeña», 30 de enero de 1997, pág. 42, y lo recoge ALFARO, «El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, 67, 1997, pág. 859. Desde muchos años antes, en 1980, ya se viene apuntando que el tema de las condiciones generales y las cláusulas abusivas en materia de prestación, cumplimiento o responsabilidad en el contrato, constituye el *núcleo central* de la problemática contractual de la protección del consumidor (cfr. E. POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, pág. 89).

(4) Nos referimos al Anteproyecto presentado el 16 de noviembre de 1991 al Ministerio de Justicia, y al parecer elaborado por la Dirección General de Registros y del Notariado, publicado por LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, «Contratos», tomo III, 1996, págs. 85 y sigs.

(5) Esta Ley acaba de aprobarse en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados del pasado 26 de marzo, y aparece publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, número 89,

tuno reseñar también que ya se habían alzado, antes de su publicación, voces discrepantes que hubieran preferido, dado el reducido ámbito de aplicación en el que se ha realizado esta reforma (relaciones entre empresarios y consumidores), que la misma hubiera afectado exclusivamente a la LCU, dándose tan sólo una nueva redacción a los artículos 10, 11 y 12 de ésta, dejando totalmente al margen la creación de una LCGC en España (6).

En cualquier caso la reforma de las *cláusulas abusivas* en nuestro Derecho obedece tanto a un imperativo legal comunitario como a un sentir casi generalizado de la doctrina iusprivatista (civilista y mercantilista), y que muy bien podría haberse abordado de manera independiente y separada del problema de las condiciones generales. Así todo, la recién aprobada LCGC, de 13 de abril de 1998, ha delimitado previamente los ámbitos de la reforma proyectada, y ha dejado bien claro que las cláusulas abusivas, aun cuando pueden ser una de las causas que pueden determinar la nulidad de una condición general, tienen su *ámbito propio* dentro de la reforma de la legislación vigente sobre protección del consumidor. Puede decirse, en consecuencia, que la nueva Ley excluye de su competencia aquellos supuestos en los que el adherente no sea un *consumidor*, en concordancia con la propia Directiva 93/13/CEE de 1993, porque a su juicio esto podría introducir un factor de rigidez no aconsejable desde una perspectiva de competitividad empresarial (7).

de 14 de abril de 1998, págs. 12304–12314 (El resultado de la votación fue el siguiente, votos emitidos. 315; a favor: 180; en contra: 127; abstenciones. 8).

(6) Tal es la última propuesta por la que se inclina ALFARO, quien criticó abiertamente el último Proyecto de Ley publicado el 5 de septiembre de 1997 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 78–1. Para éste, el juicio global que le merecía el Proyecto —hoy LCGC— era bien severo: «esta Ley exigirá de nuestros operadores jurídicos un análisis muy costoso, aumentará las probabilidades de decisiones judiciales erróneas y perjudicará notablemente a nuestras empresas, expuestas, a partir de su promulgación, al chantaje permanente por parte de *querulantes* que encontrarán en ella un medio de vida» (cfr. ALFARO, «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, 67, 1997, págs. 861, 870, 893 y sigs.).

(7) Cfr. Exposición de Motivos de la Ley sobre CGC de 13 de abril de 1998, que, en este punto, coincide exactamente con lo expresado en el mismo Proyecto de Ley de CGC, Boletín Oficial Cortes Generales (BOCG), de 5 de septiembre de 1997. Asimismo en la *Memoria* que acompañaba al Proyecto de Ley de 1997, se explicaba la razón por la que éste no incorporaba en ese único texto sobre condiciones generales su regulación específica y la de las cláusulas contractuales abusivas, argumentando que la cláusula abusiva, sin perjuicio de que sea una de las causas que pueden determinar la nulidad de una condición general, merece una disciplina que no encaja dentro de las condiciones generales de la contratación; se recordaba que las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio en la legislación sobre protección del consumidor, y en la misma Exposición de Motivos del Proyecto, que se repite en la Exposición de Motivos de la nueva Ley de CGC, se afirma que «el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes o servicios objeto del contrato, sino *cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a*

Con todo, es muy discutible el procedimiento de técnica legislativa utilizado para esta reforma, ya que dentro del Proyecto presentado en su día en el Congreso de los Diputados como de *Condiciones Generales de la Contratación* se incluyó, al mismo tiempo y al margen de la regulación de éstas, la transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas, y se hizo, curiosamente, a través de unas disposiciones adicionales a ese Proyecto, lo cual es ciertamente llamativo, máxime aún cuando ni tan siquiera en la rúbrica del propio Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se hacía mención de una reforma tan trascendente como la que afectaba a las cláusulas abusivas, lo que desde el punto de vista meramente formal ya hubiera sido de suyo exigible (8).

Por otra parte, parece claro que la nota de *abusividad* se puede predicar tanto de las cláusulas contractuales en general como de las condiciones generales en particular, bastando solamente, a tal efecto, con la ausencia de negociación individual. Pero el hecho de que las cláusulas abusivas tengan su *ámbito propio* en relación con los *consumidores* no quiere decir, en modo alguno, que en las condiciones generales entre profesionales o empresarios no pueda darse un *abuso* de posición dominante (9).

Las cuestiones que afectan a las cláusulas abusivas no son nuevas, pero sí se han puesto de mayor actualidad en nuestro país merced a la aprobación, como apuntamos, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de

su actividad profesional», expresión esta que, a juicio DE ANGEL YAGUEZ, no parece «que implique hablar de dos categorías o conceptos diferentes, en relación con el artículo 1.2 de la LCU» (cfr. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 1997, pág. 2839).

(8) Ha criticado recientemente este hecho DE ANGEL YAGUEZ, quien muestra una opinión decididamente contraria a esta técnica legislativa (hacer una reforma tan importante a través de una Disposición Adicional), a la cual califica de pintoresca, absurda y peligrosa. En este punto rememora con tino, haciendo parangón con ella, la desdichada introducción dentro del régimen de responsabilidad civil del sistema de «baremos» vinculante para los jueces a través, también, de una Disposición Adicional de una Ley, aunque con un objeto propio bien distinto, como es la de *Ordenación y supervisión del Seguro Privado* de 1995. A su juicio, hubiera sido deseable y más correcta una reforma por separado a través de dos Leyes diferentes: una para las condiciones generales y otra para las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (cfr. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 1997, págs. 2833-2834).

(9) En la propia Exposición de Motivos de la LCGC de 13 de abril de 1998, al referirse a la abusividad, se dice que «puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse», y a continuación se añade, desarrollando la idea expuesta más arriba dentro del texto principal, que «nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios», para la que «habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas».

1993, que ha venido a aportar nuevos elementos a una discusión que ya estaba en curso en nuestro país desde la década de los setenta con la redacción de los sucesivos Anteproyectos sobre Condiciones Generales de la Contratación. Uno de esos presupuestos, que hoy ya no es posible obviar es, precisamente, nos guste o no, que la reforma de la *Ley de Consumidores y Usuarios*, en esta materia de las cláusulas abusivas, ha ido a rastras de la nueva *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (10), y todo ello dentro del marco legal postulado por el que viene denominándose *movimiento* de defensa de los consumidores y usuarios (11). No cabe duda que desde esa óptica tuitiva del consumidor se han venido revisando los medios de protección que proporcionaban los Códigos tradicionales frente a las cláusulas abusivas unilateralmente insertas en los contratos (12). Pero al mismo tiempo pensamos que conviene dejar bien sentado, con carácter previo, algunas de las fracturas metodológicas y dogmáticas del denominado *Derecho de los Consumidores*, por cuanto que éstas pueden afectar directa o indirectamente a todo el *Derecho de la Contratación* (13). Una vez analizadas esas disfunciones o fracturas pasaré a analizar el problema central de este estudio, esto es, el control general de las cláusulas abusivas.

(10) Así se recogía ya en el párrafo 2º de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación del Ministerio de Justicia de 20 de enero de 1977, y se recoge sin modificaciones en la LCGC de 13 de abril de 1998.

(11) Desde esta perspectiva, esto es, del redescubrimiento del viejo conflicto de intereses, en la segunda mitad de este siglo, entre el interés privado del empresario y el del consumidor en cuanto *colectividad*, y del reconocimiento de la situación de eventual indefensión de esta colectividad cuando contrata individualmente con la empresa organizada, se ha llegado a poder decir que todo, hoy en día, viene a ser derecho del consumidor (cfr. E. POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 21-22).

(12) En este sentido se pronuncia, entre otros, E. POLO, *Protección del contratante*, ob. cit., 1990, pág. 56, y *Protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 53 y sigs. Así, por ejemplo, se hablaba de introducir reformas en orden a propugnar una aplicación de la institución tradicional de los *vicios del consentimiento* de una forma más flexible, menos rigurosa o más favorable al consumidor.

(13) En este sentido son particularmente elocuentes las críticas de algunos autores a este *movimiento* en favor de los consumidores, en lo que pueda tener de tergiversador de una serie de principios jurídicos, que, o bien son utilizados inapropiadamente, o bien son objeto de una argumentación falaz o parcial. De una forma sucinta pueden verse las opiniones del profesor ALFARO en el *Anuario de Derecho Civil*, 47 (1994), págs. 305-323.

II. DERECHO DEL CONSUMO Y DERECHO DE LOS CONTRATOS. POLITICA JURIDICA SOBRE PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y REVISION DEL DERECHO DE LA CONTRATACION EN ESPAÑA

Partimos del presupuesto de que el denominado *Derecho del Consumo* (14) pretende, tal y como se vienen desencadenando los acontecimientos en el momento presente, alcanzar el mayor grado de competencias que le sea posible, y esto acontece en buena medida por la facilidad con que el legislador comunitario tiene entrada por esta vía a un terreno que, tal vez por otros derroteros, le aparecería vedado o le sería más dificultoso de acceder. En fin, a fuer de ser excesivamente simplificador, puede entenderse que, según sea la política legislativa de protección del consumidor, podrá llegarse a una serie de consecuencias más o menos respetuosas con los principios básicos o motores de la llamada Constitución Económica de nuestro país, y, más particularmente con el principio de autonomía individual o privada (15).

Algunos entienden razonablemente que el legislador comunitario debería limitarse a establecer las *bases* de política legislativa de la materia que pretenda armonizarse y aproximarse entre los Estados miembros, respetando, en todo lo demás, la autonomía de las legislaciones nacionales. De esta manera, en lugar de lo que conocemos actualmente dentro del mecanismo legislativo supranacional, hubiera bastado, para ese fin armonizador, con una *orden*

(14) Conviene andar precavidos con el contenido de lo que los distintos autores piensen que se esconde detrás de la expresión *Derecho del Consumo*, por cuanto que la protección y defensa del consumidor es una finalidad que se contiene en muchas y muy diversas normas del ordenamiento jurídico. En este sentido compartimos la prevención de ALFARO cuando sostiene que, decir que todo el Derecho que regula la actividad económica como producción e intercambio de bienes y servicios (Derecho de la competencia, Derecho contractual, Derecho de la responsabilidad, etc.) es funcionalmente *Derecho del Consumo*, viene a ser simplemente una *etiqueta* que no comporta decir prácticamente nada. Siguiendo este razonamiento se pregunta que si se admite la existencia de un Derecho del Consumo, ¿por qué no admitir también la existencia de un Derecho de los ancianos, puesto que el artículo 50 de la CE ordena a los poderes públicos que promuevan el bienestar de los mayores y nos parece evidente que la protección de la tercera edad es un principio vigente en nuestro Derecho, o de un Derecho de la juventud o de los minusválidos? Para este autor carece de cualquier justificación dogmática o funcional la construcción del *Derecho del Consumo* como una categoría jurídica, y los esfuerzos de cierto sector doctrinal de construir la categoría del Derecho del Consumo como una categoría «funcional» le parecen, en el mejor de los casos, un esfuerzo inútil (cfr. *Nota crítica. Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. I, págs. 300 y 301).

(15) Cfr. J. AVILÉS, «Ordenamiento comunitario y reformas del Derecho de la contratación en España», en *Noticias de la Unión Europea*, 134, 1996, págs. 19-33, donde se aboga por la tendencia que pretende enmarcar esa política legislativa dentro de un cabal entendimiento de las reglas del mercado y de la competencia, conjugando el respeto a los principios tradicionales con la necesidad de introducir los cambios legislativos pertinentes en materia de contratación.

genérica del legislador comunitario que obligara a los Estados miembros a proteger a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y que les garantizara, además, que podrán oponer su nulidad cuando se pretenda su cumplimiento por el predisponente (16).

La crítica a la formulación más al uso del *Derecho del consumo* se hace pensando que la construcción de éste como categoría jurídica carece de una convincente justificación dogmática o funcional. En este sentido se le viene achacando a este *Derecho de Consumo*, en cuanto tal, una carencia de dogmática propia, y ello por cuanto que no es posible formular en torno a él —al menos hasta el momento no se ha realizado— una serie de principios que puedan ser aplicables a aquellas relaciones y que, en líneas generales, todos admiten estar comprendidas dentro de su ámbito propio, al tratarse de los intereses de los consumidores (17).

El principio de autonomía privada entendido como poder de autogobierno sobre los propios fines, intereses o aspiraciones es el fundamento de la *teoría general del contrato*, tal y como aparece en los textos legales codificados de nuestro país y en los de ámbito social y cultural más avanzados. Asimismo, este principio, sin duda el de mayor vitalidad de todos los recogidos en nuestros textos codificados —*Código Civil* y *Código de Comercio* sustantivamente—, tiene su razón de ser en aquello que es o que constituye una forma básica del vivir social, o dicho en otros términos precisos, la forma jurídica por la que la persona crea en sociedad el mundo de situaciones jurídicas en que vive (18).

(16) Esta es la posición de ALFARO, para quien de ser éste el contenido de la Directiva (meras *bases generales*), la doctrina y la jurisprudencia nacionales no darían tanta importancia al tenor literal de la Directiva como medio interpretativo, ahorrándonos así quebraderos de cabeza y recursos perjudiciales sin perder en efectividad (cfr. *Directivas «a la carta»*, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, mayo 1997, pág. 9). En el mismo sentido, aunque ahora referido al legislador interno, se ha criticado que en el Proyecto de 5 de septiembre de 1997 se introduzca una burocracia en el Derecho Privado totalmente innecesaria (*Registro de condiciones generales*) y se dote de poderes ilimitados a la Administración en un ámbito protegido por la libertad contractual (cfr. ALFARO, «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 1997, pág. 862).

(17) El principal, y al parecer único, principio aducido por los debeladores del *Derecho de Consumo* es el denominado principio *pro consumatore*, que carece, en opinión de algunos autores, de entidad doctrinal suficiente, y que no puede solucionar cuáles sean los intereses legítimos de los consumidores —en los términos del artículo 51 CE— y a través de qué mecanismos han de protegerse (ALFARO, *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1994, fasc. II, pág. 316). Por otra parte, la afirmación de algunos de que el Derecho de Consumo «se superpone perpendicularmente, atravesándolos, a las disciplinas jurídicas tradicionales» (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, pág. 120) no es más que un recurso retórico con tintes geométricos o, en el mejor de los casos, una construcción desproporcionada e interesada (cfr. ALFARO, *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1993, fascículo I, págs. 300 y sigs.).

(18) Esta es expresión literal acuñada con fortuna por el profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, pág. 126 y sigs. En general, los

Con pocas palabras puede afirmarse que la justificación de la teoría general del contrato no puede hacerse sin este referente preciso al respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. Este postulado supone, a fin de cuentas, un respeto a las libres decisiones o acuerdos de las personas sin tener que recurrir inopinada e injustificadamente a las imposiciones arbitrarias o basadas en un mero argumento de autoridad (19).

Por otra parte esta libertad, dentro del contrato, viene siendo entendida por la doctrina más autorizada en un sentido muy amplio: libertad para constituir o no una relación contractual, libertad para elegir uno u otro tipo contractual, libertad para modificar el contenido legal de los contratos. Libertad de contratación que no es omnímoda en cualquier caso, pero que necesita ser reivindicada frecuentemente merced a un fenómeno económico consustancial al capitalismo: la producción en masa de bienes o servicios (*estandarización* de la materia contractual) y la búsqueda constante de unos destinatarios (consumidores o clientes) a los que satisfacer en sus legítimos intereses económicos (20). Pero si bien esta libertad, en el ámbito de la defensa de los consu-

iusprivatistas han venido señalando que el concepto esencial, dentro de esta materia, reside en la noción de libertad contractual, entendida como una palanca suprema de toda la vida social y jurídica que domina por entero la formación del contrato (por todos puede verse, POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, pág. 24, que recoge la tendencia que ya había sido apuntada con anterioridad por los profesores Ossorio y Lalaguna, entre otros).

(19) Cfr. artículo 10 de la Constitución Española. El argumento de incrementar el Derecho imperativo en perjuicio del meramente dispositivo como paso para aumentar la protección del consumidor debe tamizarse en el sentido que lo hace, por ejemplo, POLO, cuando sostiene que tan sólo debemos referirnos (tanto en lo que se refiere a disposiciones generales de los contratos como a contratos específicos) a aquellas normas imperativas en las que la Ley limite el poder de determinación de las partes en cuanto al contenido del negocio, bien prohibiendo determinados pactos o cláusulas, bien determinando coactivamente su contenido o parte de él. A su juicio, no hay que referirse ni a aquellas normas imperativas que limiten la libertad contractual, bien prohibiendo la realización de determinados negocios, bien imponiendo en determinados casos la obligación de contratar (contratos forzosos), ni tampoco a aquellas otras normas imperativas que se derivan de exigencias de orden estructural y formal, y que son las que determinan la validez y la eficacia del contrato (cfr. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 89, 109, nota 122).

(20) Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, 1993, págs. 130 y sigs. Ahí se explica, precisamente, el mecanismo tradicional ideado por el Derecho a través de la institución del contrato como acuerdo de voluntades, al que, para coordinar intereses en conflicto, llegan libremente dos o más personas que se encuentran situadas en un plano de igualdad, en lo que el propio Díez-PICAZO denomina *contrato por negociación*, y que se entiende que ha cambiado, merced a la propia dinámica interna del capitalismo. Este determina el fenómeno de la producción en masa de bienes o servicios y la necesidad de una ampliación o ensanchamiento del círculo de los posibles clientes o destinatarios de los bienes o servicios producidos. Y es este mismo capitalismo avanzado el que fuerza al empresario a una producción masiva, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el número real de los eventuales clientes, y a los que se hace necesario captar a través

midores, no es otra cosa que la libertad del individuo, y su protección no es sino la protección de la persona, no podemos caer en la *falacia pandectista*, esto es, pensar que lo que se ventila en el contrato es únicamente el interés individual de cada una de las partes. El conflicto de intereses entre dos contratantes individuales no es frecuentemente sino la manifestación aislada del conflicto entre dos intereses de grupo: el de empresarios o productores, por un lado, y el de consumidores o usuarios, por otro (21).

Desde otra perspectiva bien distinta podemos encontrarnos con la postura de aquellos otros que piensan que la libertad contractual consagrada en los Códigos produce resultados injustos, y esto por cuanto que entienden que la desigualdad de poder económico de los contratantes (empresarios y consumidores) no puede permitir que funcione esa libertad correcta y adecuadamente dentro del mercado. Tanto es así que, para las personas que piensan de esta manera quedará justificada, desde todos los puntos de vista, una intervención legislativa que limite o cercene esa libertad contractual, tratando de este modo imponer a las partes contratantes aquellos resultados que el legislador y los jueces consideren justos. Sucintamente puede decirse que el nervio de la cuestión que aquí planteamos es saber hasta qué punto los lógicos criterios de racionalización y organización, dentro de un mercado libre y abierto, pueden justificar la intervención de los poderes públicos para hacer respetar los acuerdos de voluntades a los que, libremente, pueden llegar dos o más personas. De lo que no cabe duda es que, por encima de la autonomía privada (*el contrato es ley privada entre las partes contratantes*), debe de existir e imponerse otra ley con carácter general e imperativo, independiente de la voluntad de las partes, y cuya misión consista en proteger la libertad de contratar, impidiendo el abuso de una parte sobre la otra y eliminando, en la medida de lo posible, los efectos del eventual desequilibrio económico de las partes contratantes (22).

Pero para contestar a la pregunta anterior podemos apuntar, por un lado, que la intervención del legislador en favor de la calidad de vida de las personas es una función encomiable e insustituible del llamado *Estado social de Derecho* (23), lo cual tiene además una operatividad precisa a través del tan

de fenómenos muy singularizados como el *marketing* y la publicidad. Así es como se acaba erosionando indefectiblemente, a juicio de ese profesor, la idea del contrato como *contrato por negociación*

(21) Por todos puede verse, POLO, para quien sí, en un sentido amplio y un tanto equivoco, todos somos consumidores, el interés del consumidor es el *interés público de la colectividad* que, arbitrariamente, a causa de la libertad contractual y de la ficción que representa el disfrazarlo de interés individual, cede repetidamente en la dogmática tradicional frente al interés privado del empresario (cfr. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, pág. 88).

(22) Cfr. E. POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, pág. 30.

(23) Cfr. artículo 1 de la Constitución Española.

recurrente y ambiguo principio de protección del consumidor (principio *pro consumatore*). Por otra parte, habría que señalar que la tendencia a proteger a la *parte más débil*, dentro del contrato, es también deseable dentro de las más elementales normas de justicia conmutativa. Pero lo que ya no parece aceptable sería tratar de superponer de modo arbitrario ideas dudosamente compatibles entre sí, haciendo uso de una serie de principios inmanentes al sedicente *Derecho de los consumidores*, e invocando el tan socorrido principio *pro consumatore*. De esta manera podría estar dándose, en ocasiones, carta de naturaleza a una intervención desmesurada del poder legislativo y administrativo en ciertos ámbitos en los que el propio mercado sería el encargado *natural* de imponer sus propias normas y criterios.

En todo caso, lo que sí parece que está cada vez más diáfano es que el *Derecho de los contratos*, tanto en España como en los países de nuestra misma cultura jurídica, se encuentra a remolque de la economía de mercado imperante, así como de la utilización que ésta viene haciendo del principio de autonomía privada, y que, hoy por hoy, es el principio de mayor fortaleza entre todos aquéllos que vienen recogidos en nuestros textos codificados. En este sentido puede afirmarse que, dentro de esta paulatina reforma de la contratación, pueden llegar a tener un papel preponderante aquellas ideas que afecten al mismo y que están íntimamente trabadas, no ya sólo al denominado *Derecho del Consumo* sino también al *Derecho de la Competencia*, por lo que puede decirse que de aquí podrán extraerse también algunas de las reglas básicas de funcionamiento del mercado a través del libre intercambio de bienes y servicios (24).

Pensamos que el legislador debe mostrarse precavido a la hora de proteger a los consumidores. El logro o consecución de unos fines justos o, en otras palabras, la protección de sus legítimos intereses, no puede hacerse a costa de la desnaturalización progresiva del principio de autonomía de la voluntad. El recurso a la normativa imperativa será congruente tan sólo ante la inoperancia de la autonomía de la voluntad o, en su defecto, del derecho dispositivo.

(24) En este sentido puede verse R. BERCOVITZ, *La reforma del Derecho de la contratación en España. Ponencias del Congreso de Zaragoza*, 1993. Aquí, el propio autor plantea el hecho de que los empresarios deben estar protegidos frente a las condiciones generales abusivas. Ahora bien, a su juicio, no resulta tan claro que la protección de éstos deba ser la misma que la prevista para los consumidores. De este modo, mientras el consumidor se limita a consumir, el empresario será un sujeto que ha tomado la determinación de actuar en el mercado con ánimo de lucro. Y es, precisamente, abundando en esta diferencia cualitativa cuando Bercovitz se plantea con agudeza en qué medida los empresarios no quedan suficientemente protegidos frente a las condiciones generales abusivas y a los eventuales abusos contractuales más relevantes tal y como viene prefigurados en el *Derecho de la Competencia*. Este Derecho de la Competencia, a su entender, se perfila así hoy en día como el derecho de protección del empresario por su cualificación, frente al consumidor, al actuar aquél dentro del mercado con ánimo de lucro (cfr. págs. 244 y 245).

Dentro de esta argumentación convendría rescatar en muchos casos el sentido que debe tener el derecho dispositivo, y ello por cuanto que puede servir de pauta para declarar a menudo el carácter abusivo o no de una cláusula de un contrato. *Mutatis mutandis*, podría decirse también lo mismo de las normas imperativas, en cuanto que de ellas pueden extraerse, en ocasiones, las pautas que permita calificar la abusividad de ciertas cláusulas de los contratos; no en vano, también la norma imperativa debe de recoger o plasmar la conciencia social de la época en que se legisla y los principios de equidad que deben regir entre las partes contratantes (25).

Por otro lado se ha apuntado recientemente, y presumo que esto acontecerá cada vez con mayor fuerza, que la idea de la protección de *la parte más débil* dentro del mercado (26), esto es, del consumidor, está en buena parte fundamentada en una falacia. El razonamiento utilizado para desmascarar ésta podría sintetizarse, en pocas palabras, de la manera siguiente: la libertad contractual, tal como aparece regulada en las normas y en los textos legales decimonónicos produce hechos y situaciones *injustas* dentro de las relaciones contractuales, con lo que se hace necesaria la intervención legislativa del Estado para corregir esas deficiencias e injusticias. Vistas así las cosas me parece aceptable, desde el punto de vista crítico, la idea de los que piensan que esta argumentación, en muchos casos, puede esconder una falacia que está fundamentada en un apriorismo ideológico no demostrado científicamente, y que consiste, precisamente, en pensar que el con-

(25) La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, presupone que las condiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas (*Considerando 13*). Esta presunción, en virtud de la cual las normas imperativas no contienen cláusulas abusivas, incluye también dentro de ella todas aquellas «normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo» (*Considerando 13*). Para J. DUQUE, con razón, «esta explicación interpretativa de la norma puede alcanzar una gran importancia práctica (...)», ya que, a su entender, «la función del derecho dispositivo, como modelo adoptado por el legislador, es recoger la conciencia social de la época en que se legisla y los principios de equidad entre las partes contratantes. Ciertamente que las partes pueden excluir su aplicación en un contrato determinado —generalmente mediante los contratos de adhesión o de cláusulas generales de la contratación—, pero la existencia de estas disposiciones legales marcan una pauta que puede servir para declarar el carácter abusivo de una disposición al confrontarlo con la normativa legal de carácter dispositivo» (cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, tomo I, 1994, pág. 658).

(26) En España, una de las formulaciones más recientes con apoyatura en esta idea de protección de la parte más débil como justificadora de la intervención de los poderes públicos y de la legitimación a ultranza del Derecho del consumo, puede encontrarse en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», en *Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo I, págs. 31 y sigs.

sumidor está subordinado *estructuralmente* al empresario por el mero hecho de constituir siempre *la parte más débil* dentro de la relación jurídica. Este razonamiento anterior se complementa, a su vez, con la idea de que, en estas circunstancias, la solución vendría dada por la creación de un *Derecho perfecto* que vendría siempre a corregir las deficiencias de un *mercado imperfecto*. Pues bien, no participo de la idea de que este Derecho sea siempre perfecto y de que el mercado, por las razones aludidas y no por otras diferentes que puedan esgrimirse, sea siempre imperfecto. El Derecho no puede suplantar siempre y en cualquier caso al mercado como parece querer afirmarse; al menos no pueden otorgársele efectos cuasitaumátúrgicos siempre y ante cualquier supuesto. Por otra parte, la idoneidad acerca de la aplicación del Derecho en un ámbito determinado del mercado requerirá una demostración, en cada caso particular y específico, sobre las consecuencias que la misma puede acarrear dentro de ese campo. En último lugar, tampoco parece que se pueda atribuir al mercado, sin demostración previa, un estado de imperfección consustancial que haga necesario subsanar constantemente esos defectos y lagunas con el recurso reiterado y sucesivo a las normas legales (27).

A los que argumentan de esa manera —*Derecho perfecto, mercado imperfecto*— se les puede responder afirmando que un funcionamiento eficiente y transparente del mercado es, en muchas ocasiones, el que mejor garantiza la defensa de los intereses legítimos de los consumidores. De este modo, ante un fallo o deficiencia del mercado (monopolio, defecto de información, etc.) lo que procederá será valorar si los costes de esa deficiencia superan a los costes que la intervención legislativa puede provocar. Lo que quiere decirse, en suma, es que la justicia objetiva del contrato (*equivalencia de las prestaciones*) viene determinada sustantivamente por el mercado y no por el Derecho, por muy perfecto que sea éste. El Derecho tiene la función de facilitar y encauzar tan sólo, lo que no es poco, la

(27) Entre otros, ésta es la postura tajante, a la que me sumo, de J. ALFARO, quien de modo gráfico denomina a esa argumentación *falacia del Nirvana*, siguiendo la expresión terminológica ya recogida por H. DEMSETZ. Afirma ALFARO, con toda claridad, que «la libertad del consumidor y sus intereses los protege el funcionamiento eficiente y transparente del mercado, y el Derecho tiene como tarea garantizar dicho funcionamiento o sus resultados cuando la (falta de) competencia entre oferentes no garantice la soberanía del consumidor (fallos del mercado, monopolios, defectos de información, etc.). Pero no es científico afirmar que el consumidor está subordinado *estructuralmente* a las empresas, sin que tales afirmaciones se acompañen de los estudios económicos correspondientes que sustenten tal afirmación» (*Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1993, fascículo I, págs. 301 y sigs.; *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo II, págs. 307 y sigs.). Esta falacia ya se encontraba formulada, como decíamos, en H. DEMSETZ, *Información y eficiencia: otro punto de vista*, en D. M. LAMERTON (ed.), *Economía de la información y del conocimiento*, México, 1977 [aparecido por primera vez en *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, J. L. & Econ, 12 (1969), págs. 2 y sigs.].

realización de los intercambios sobre los cuales van a decidir los particulares en aras de sus intereses (28).

Por otro lado se ha venido sosteniendo, por algún sector doctrinal, que lo que garantiza la libre decisión de las personas dentro de los contratos no es la *negociación* sino la *selección* entre opciones alternativas y transparentes. Así se explica, por ejemplo, el por qué los codificadores decimonónicos no establecieron una regulación que negara la vinculación del más débil en los casos de notable desigualdad económica entre los contratantes, siendo así que tales situaciones no eran desconocidas en aquel tiempo en que se realizó la tarea codificadora. La razón al parecer es clara: al instaurarse la libertad de propiedad y de contratación, los Códigos confiaron al mecanismo desapoderador de la competencia la garantía del más débil, lo que hacía jurídicamente irrelevante la desigualdad entre ellas (29).

Como ya se ha puesto de relieve en otro lugar (30) toda la crítica al *Derecho del Consumo* se hace sustantivamente, a mi modo de ver, en dos aspectos fundamentales. El primero de ellos es que se duda seriamente que un *Estatuto del Consumidor*, como el de nuestra Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, sea el único y más eficaz instrumento para proteger al consumidor en sus legítimos intereses económicos. El segundo aspecto de la crítica invoca el argumento de que no parece oportuna la regulación específica de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de la contratación dentro del estricto ámbito de los consumidores, esto es, de nuestra Ley de Consumidores y Usuarios, y, mucho menos aún, tal y como aparecían recogidas en el derogado artículo 10, apartado c) de esta misma Ley. Buena prueba de que esto parecía querer corregirse en el futuro inmediato lo demuestra el texto

(28) Cfr. ALFARO, *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo II, págs. 318 y 322. La conclusión de éste es bien clara: la justicia del intercambio la garantiza su carácter voluntario en un marco competitivo. En suma, la protección del consumidor corresponde *prima facie* al mercado, y serán los propios individuos los que utilicen su patrimonio y su tiempo como tengan por conveniente.

(29) Cfr. J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 64, y *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1994, fasc. II, pág. 311. Gráficamente denomina *falacia del zoco* a la argumentación que sostiene que la garantía de la justicia contractual se encuentra precisamente en el regateo del contenido del contrato entre las partes. Asimismo hace referencia con agudeza a otros dos errores metodológicos de esta corriente legitimadora a ultranza del denominado *Derecho del Consumo*. A saber, primero, no cree correcta la afirmación apodéctica de que el mercado está dominado hoy en día por la ley de la oferta, de forma que el consumidor pase a considerarse un mero súbdito frente a su situación anterior de soberano árbitro (la denomina *falacia de la inversión*); y, segundo, tampoco cree correcta la afirmación, hecha casi siempre sin matización alguna, que presupone que las modernas tareas de producción y distribución en masa junto con las innovaciones técnicas y comerciales del mercado han colocado al consumidor en una situación de indefensión (la denomina *falacia del cambio social*).

(30) Cfr. J. AVILÉS, *Ordenamiento comunitario y reformas del Derecho de la contratación en España Noticias de la Unión Europea*, 1996, núm. 134, pág. 32.

recién aprobado de la Ley sobre CGC, de 13 de abril de 1998, en el que se afirma en su Exposición de Motivos que esta Ley lo que pretende es proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de *cualquiera* que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual (31). Sin embargo, dentro del texto articulado de la nueva LCGC se excluyen del control del contenido aquellas condiciones generales utilizadas frente a un empresario o profesional, aunque, indudablemente, se recoge la posibilidad de que éstos puedan actuar como meros consumidores. En suma, con todo parece que con el nuevo texto legal aprobado se pretende ahora reconducir el asunto cambiando de opinión respecto al texto anterior, es decir, el Anteproyecto de Ley de 1992, en el que se reconocía abiertamente la posibilidad de declarar nulas las cláusulas abusivas, aunque no se tratara de consumidores *estricto sensu*, plegándose de esta manera a las críticas vertidas en ese sentido (32).

Asimismo se ha puesto de manifiesto que la razón, desde el punto de vista de política jurídica, por la que las ideas criticadas y apuntadas más arriba continúen en boga dentro del ámbito comunitario, es, al menos en apariencia,

(31) En el *Anteproyecto* de Ley remitido por el Ministerio de Justicia al Gobierno el 20 de enero de 1997, se decía que «el Ordenamiento jurídico debe proteger en este ámbito, no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a *los pequeños y medianos empresarios y profesionales, sean o no personas físicas o jurídicas unos y otros*, frente a las cláusulas abusivas de los contratos, pero también frente a los clausulados generales de las grandes empresas en las que existe una predisposición al abuso de la posición de preeminencia». En la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 de CGC, de 13 de abril (que reproduce el mismo texto del *Proyecto* de LCGC, de 5 de septiembre de 1997), y con las mismas palabras que aparecían en el Anteproyecto más arriba citado, se recoge también como uno de sus objetivos prioritarios la protección no sólo de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, sino «también de *cualquiera* que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», pero esta pretensión ha quedado orillada, como decimos, dentro de la parte dispositiva de la nueva LCGC (art. 8.2: «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»). En este sentido compartimos la crítica vertida por ALFARO cuando afirma «que no alcanza a comprender qué sentido puede tener una Ley específica de condiciones generales que, en sus aspectos fundamentales, no se aplica más que a los consumidores, siendo así que a éstos se les aplica, con carácter preferente, otra norma de contenido prácticamente idéntico» (cfr. «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 67, 1997, pág. 870).

(32) En el artículo 7.2 del Anteproyecto de 1992, se reconocía la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas generales abusivas «*aunque el adherente no sea un consumidor*». Sin embargo, y a pesar de no haberse modificado las palabras que aparecen en la Exposición de Motivos de la nueva LCGC, de 13 de abril de 1998, lo cual puede inducir a confusión, el nuevo artículo 8.2 de esta misma Ley habla exclusivamente ya de la nulidad de aquellas cláusulas abusivas «cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor».

porque los propios órganos de la Comunidad Europea carecen de competencia para regular cualesquiera cuestiones que afecten al Derecho privado contractual o extracontractual. En este sentido se ha hecho la puntualización de que, bajo el plausible deseo de proteger al consumidor, la propia Comunidad pueda estar arrogándose más o menos deliberadamente, al menos en ocasiones, una serie de competencias para las que de otro modo no tendría título alguno o, cuando menos, tendría un título de dudosa naturaleza (33).

III. BUENA FE Y JURISPRUDENCIA SOBRE CLAUSULAS ABUSIVAS. UNA APROXIMACION AL CONCEPTO DE BUENA FE APLICADO A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS

Vamos a desarrollar ahora uno de los puntos capitales de la nueva ordenación sobre cláusulas abusivas. En primer lugar hay que decir que sobre el concepto de cláusula abusiva hay acuerdo general en que debe reunir los siguientes requisitos: que se trate de un contrato celebrado con un consumidor (34), que se trate de estipulaciones no negociadas individualmente, que sean contrarias a la buena fe y que produzcan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato (35). Con todo ello se

(33) Cfr. ALFARO, *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1993, fascículo I, pág. 302.

(34) Ha sido enormemente discutida la viabilidad de introducir o no dentro de la nueva ordenación al respecto en la LCGC, la extensión de esta protección de los consumidores a los empresarios y profesionales, tal como venía admitido en el penúltimo Anteproyecto de Ley de CGC de 1992, pero no en la Directiva de 1993. Para VATTIER, por citar un ejemplo reciente que ha sido contestado, la futura ley de adaptación de la Directiva —ahora aprobada— debería haber establecido un régimen uniforme para los consumidores y para los empresarios y profesionales (cfr. VATTIER FUENZALIDA, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, pág. 1534). En el mismo sentido, SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación*, 1996, pág. 24.

(35) Todos estos requisitos se mencionaban también en la *Memoria del Proyecto de Ley* de 5 de septiembre de 1997, presentada por el Gobierno, pero además se invocaban lo que algunos denominan *criterios accesorios de la abusividad*, a saber, primero, el carácter no estático de las mismas cláusulas, esto es, su estrecha dependencia tanto de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, como de todas las circunstancias concurrentes en su celebración y de todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato de que dependa (recogido en el art. 4.1 de la Directiva de 1993); y segundo, el criterio de que el carácter abusivo de una cláusula no podrá derivarse de la materia objeto del contrato ni de su adecuación con el precio pactado (recogido en el art. 4.2 de la Directiva de 1993). Este último criterio, y esto es importante por cuanto viene recogido dentro de la Directiva, ha sido excluido del texto de la LCGC aprobada, y ello por entender que tanto el objeto como el precio pueden ser abusivos dentro del marco de la contratación, como sería el caso de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30 por 100, a juicio de los enmendantes del texto del Proyecto de 1997, hacer que el

persigue defender al consumidor de aquellas cláusulas establecidas unilateralmente por el empresario o profesional, teniendo en cuenta tanto el superior conocimiento técnico como el mayor grado de información de que goza generalmente el predisponente. Sin embargo, como se ha resaltado por la doctrina en algún momento, ese desconocimiento parcial de ciertos aspectos contractuales *no puede predicarse* de las cláusulas que regulan los *elementos esenciales del contrato* (objeto y causa en este caso), por cuanto no resultaría plausible argumentar que el consumidor no ha consentido tal primordial extremo, y que influye decisivamente sobre él a la hora de decidirse a celebrar el contrato (36).

coste (adecuación entre precio-retribución y bienes o servicios, tal y como lo formula el 4.2 de la Directiva) no pudiera ser abusivo, se les antojaba que podría dar lugar a una gran indefensión de los consumidores (cfr. Enmienda núm. 71 al Proyecto de LCGC, *BOCG*, Congreso, Serie A, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 38). En cualquier caso habría que puntualizar a este respecto, como veremos más adelante, que no puede hablarse del control judicial del contenido de los *elementos esenciales* del contrato, y así, podría solucionarse este supuesto particular de abusividad por otras vías. Así, por ejemplo, en primer lugar, entendiendo que no se estaría hablando del *precio* en sentido propio, sino de unos *intereses* que pueden considerarse como leoninos y que entrarían de lleno dentro de las conductas usurarias sancionadas en la Ley Azcárate de 1908, o, en segundo lugar, entendiendo que se trataría de recargos adicionales al precio pactado o de obligaciones añadidas a cuenta del consumidor que desvirtúan el contenido de los elementos esenciales del contrato, y que podrían excluirse en consecuencia del mismo al tipificarlas como *cláusulas no incorporables al contrato*, por cuanto que no se ha tenido oportunidad de *conocerlas de manera completa al tiempo de celebración del contrato* [control de inclusión del nuevo art. 7.a) LCGC]. El concepto de *cláusulas insólitas*, que pudiera también esgrimirse para ese supuesto, ha sido suprimido del texto definitivo de la Ley 7/1998 sobre CGC —anterior art. 5.c) del Proyecto de Ley de 1997—, por cuanto que el legislador ha pensado que aceptar esta cláusula supondría introducir una gran inseguridad jurídica, que no añade un incremento de garantías al consumidor, ya suficientemente protegido, a su juicio, por el resto del articulado de la nueva Ley —cfr. Enmienda núm. 81 al Proyecto LCGC de 1997, *BOCG*, Congreso, Serie A, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 41).

(36) Así lo entiende EMPARANZA, para quien además resulta inadmisibles formular cualquier tipo de control sobre la ecuanimidad de cuestiones metajurídicas. De este modo se justifica que la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 4.2.º excluyera del control del contenido las cláusulas referidas «a la definición del objeto principal del contrato» y a «la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», quedando así esas cláusulas fuera del control del contenido consagrado en la Directiva (cfr. EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, 1994, págs. 472 y 473). Así todo, en el trámite de aprobación parlamentaria por la Comisión parlamentaria con Competencia Legislativa Plena por el procedimiento de urgencia fue suprimido el párrafo original del Proyecto de 5 de septiembre de 1997, que afirmaba que la «apreciación (del carácter abusivo de una cláusula) no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definen se redacten de manera clara y comprensible» (Disposición Adicional primera del Proyecto de 1997, tres, art. 10 bis 1, apartado 4) La

La Directiva de 5 de abril de 1993 hace pivotar el concepto de cláusula abusiva sobre el concepto de buena fe, lo que nos impone un estudio minucioso acerca de la trascendencia que pueda tener el mismo, máxime cuando se ha transcrito casi literalmente en la nueva LCGC la dicción del artículo 3.1 de la propia Directiva 93/13/CEE (37).

a) PREMISAS

Como preámbulo justo es recordar que la legislación moderna, tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado, viene elaborando la *figura* hoy conocida con el nombre ya técnico de *cláusulas abusivas*, como una medida de protección de los consumidores y adherentes dentro de las condiciones generales de la contratación. La construcción dogmática de esta figura protectora se hace a partir de principios generales del Derecho de obligaciones y contratos ya existentes, los cuales han sido objeto de concreción en su aplicación en materia de condiciones generales (38).

Aquí vamos a ocuparnos de las cláusulas abusivas tanto por la importancia creciente que ya tienen, como decíamos más arriba, en el *Derecho civil patrimonial*, como por la consolidación que van a tener como consecuencia de la transposición de la *Directiva comunitaria 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, de 5 de abril de 1993. La incorporación de la mencionada Directiva a nuestra legislación se ha realizado por el procedimiento de urgencia dentro del trámite de aprobación del Proyecto de Ley de CGC, de 5 de septiembre de 1997, novedad

única enmienda presentada en este punto fue la número 71, que fue aceptada en el trámite de aprobación por la Comisión. Como ya dije en la nota anterior, tal vez pudo haberse mantenido sin problemas este texto del Proyecto, siempre que entendiéramos que los efectos perversos de determinadas cláusulas abusivas pueden evitarse o subsanarse por alguna de las vías ahí apuntadas.

(37) La Disposición Adicional primera de la reciente LCGC, apartado 3, que recoge el nuevo artículo 10 bis de la LCU, reza así «Se considerarán *cláusulas abusivas* todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». Por su parte, el artículo 3.1 de la Directiva de 1993 dice: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». En la Memoria que acompañaba al Proyecto de 1997 se afirmaba que la expresión «en contra de las exigencias de la buena fe», frente a la que utiliza la Directiva («pese a las exigencias de la buena fe»), expresa más correctamente la necesidad de que para que exista abuso contractual debe existir mala fe (*Memoria del Proyecto*, pág. 23).

(38) Cfr. Díez-Piçazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1993, pág. 352.

legislativa que se ha aprovechado para introducir, por añadidura, la reforma de las cláusulas abusivas tal y como aparecían dentro del derogado artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios (39). Pero lo que motiva particularmente nuestro interés por las cláusulas abusivas de la contratación se debe, ante todo, al previsible desarrollo jurisprudencial que pueda darse alrededor de esta figura como consecuencia de la aplicación del principio de la buena fe en esta materia, que es, a nuestro juicio, el concepto clave y sobre el que va a pivotar el control de fondo de las condiciones generales (40).

Es a través de este principio cómo va a poder comprobarse cuál será el mecanismo que permita enjuiciar la interna justicia de la ordenación contractual, evitándose las injusticias a que forzosamente habría de dar lugar el carácter abstracto de las normas, en el momento de ponerse en contacto con nuevas relaciones o con particulares circunstancias o hechos que exigen una solución distinta, en cuanto que incorporan nuevos elementos que es preciso añadir a una hipótesis legal para modificarla (41).

Asimismo conviene tener en cuenta que la propia Directiva de 5 de abril de 1993, se preocupó de establecer cuáles deben ser las pautas principales en la apreciación de la buena fe en la contratación (42). En ella se especifican

(39) Máxima importancia por cuanto que la Ley 7/1998 sobre CGC, del pasado 13 de abril, hace referencia a que serán declaradas como *nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas* aquellas cláusulas que se consideren abusivas según el concepto del recién aprobado artículo 10 bis 1.2 de la LCU —Disposición Adicional primera, apartado 3 LCGC—, que, como ya apuntamos, no es más que una traslación casi literal del concepto de cláusula abusiva tal y como viene recogido en el artículo 3.1 de la *Directiva de 5 de abril de 1993*.

(40) Aunque luego volveremos sobre este particular, adelantamos la opinión, que luego matizaremos, del profesor Díez-PICAZO, quien, al referirse en un primer momento a la utilización de los criterios de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio entre prestaciones en esta materia, afirma que la buena fe que aquí entra en juego no es la buena fe mencionada como regla de integración del contrato, sino el conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual, en este sentido, la buena fe será lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante, es decir, una aplicación de la regla general de la confianza (cfr. *Fundamentos*, vol. I, 1993, pág. 352).

(41) Son palabras de COSSÍO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho Civil*, 1955, pág. 245. Ya con anterioridad el profesor F. DE CASTRO había recogido el aserto de García Goyena cuando afirma que «la equidad y la buena fe son el alma de los contratos» (art. 978, III, págs. 9-10), y había sostenido también, a propósito de la interpretación de los contratos, que «el recurso a la buena fe no es un instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto), sino una manifestación, y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Obliga, como si fuera querido, lo que como tal aparece de la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe» (cfr. *El negocio jurídico*, 1971, págs. 89-90).

(42) Así aparece en el *Considerando* número 16 de la propia Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993. Aparte los principios que se recogen a continuación de éste, la mención que se hace en el mismo a la «*solidaridad entre deudores*», en lo que concierne

con escasa precisión estas tres: la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes contratantes, la consideración acerca de si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula en cuestión, y el hecho de si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor (43). Esto es importante desde el momento en que la norma puede aplicarse por los jueces y tribunales, una vez que ya ha sido aprobada e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, si bien, como es sabido, ya venía aplicándose judicialmente en algunos de sus contenidos (44). En cualquier caso conviene tener presente que algunas de las versiones que se han realizado de esa Directiva difieren, en cuanto al contenido, en aspectos de no poca monta; diferencias que, tal vez, puedan ser más ostensibles y tener una mayor relevancia o trascendencia jurídica una vez que la Directiva haya sido transpuesta a todos los ordenamientos nacionales en que debe hacerse, por cuanto que de ahí pudieran constatarse por vía comparativa, negativamente por supuesto, una serie de deficiencias en la aproximación y armonización de las respectivas legislaciones nacionales, que es, a fin de cuentas, el fin prioritario perseguido con este tipo de Directivas comunitarias (45).

a la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos, no deja de ser un curioso precipitado de tintes sociológicos, un intento de moralización de las relaciones entre privados puramente programático o meramente anecdótico, y que carece de cualquier trascendencia jurídica práctica.

(43) Se ha criticado con fundamento la Directiva 93/13/CEE, tanto por su redacción como por su traducción al castellano. En este punto particular, por ejemplo, ALFARO se pregunta. ¿por qué hay que prestar especial atención a si se ha inducido al consumidor a dar su acuerdo a una cláusula?, ¿no es lo normal que sea el consumidor el que tome la iniciativa cuando desea adquirir un bien o servicio? (cfr. J. ALFARO, «Directivas “a la carta”», en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, mayo de 1997, cita 2, *in fine*).

(44) Cfr. MANGAS MARTÍN, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, 1993, págs. 86 y sigs.; SÁRAZA JIMENA, «La eficacia directa de las Directivas no transpuestas en las relaciones con particulares», en *Actualidad Civil*, 1995; GIANNI, *Efficacia self-executing della Direttiva CEE 93/13 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Actas del Congreso de Roma de 14 de junio de 1995.

(45) A modo de ejemplo, como ha estudiado recientemente ALFARO, esta Directiva tiene un contenido diferente en su versión alemana y, al menos, en sus versiones portuguesa y española en tres puntos esenciales: definición de cláusula abusiva (art. 3, Directiva); delimitación de las cláusulas sometidas a la propia Directiva (art. 3.2, Directiva), y control de las cláusulas abusivas que pueden haber sido incorporadas al contrato por un tercero (art. 7.1, Directiva) (cfr. «Directivas “a la carta”», en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, mayo de 1997, págs. 6 a 9).

b) APROXIMACIONES DOCTRINALES

Después de reconocer que el *principio de buena fe* es uno de los más difíciles de aprehender dentro del Derecho privado, complejidad y enmarañamiento que ya han sido puestos tradicionalmente de relieve, la doctrina más autorizada ha clasificado en tres grupos distintos los sentidos que de la misma buena fe pueden extraerse de los textos legales positivos: primero, como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho; segundo, como confianza en una situación jurídica que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente (apariencia jurídica); y, en último lugar, como rectitud y honradez en el trato a la que deben atenerse las partes en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos (46). Para los que se sitúan dentro de estas premisas conceptuales, la buena fe, objetivamente considerada, es una conducta, esto es, la actitud adoptada por la persona dentro de la relación jurídica o dentro del tráfico jurídico; una conducta que revela la posición moral de la persona respecto a una situación (47).

Por otra parte ya es clásico distinguir entre la buena fe a secas como un mero concepto técnico-jurídico, que sirve para describir o delimitar un elemento de un supuesto de hecho en una multiplicidad de normas (por ejemplo, artículos 69, 451 y 1.705.2 del Código Civil), y el principio general de la buena fe, el cual engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o rango de principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones (48). Sea cual fuere la acepción dogmática que se sos-

(46) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, 1963, págs. 136 y sigs., que sigue a BETTI en este punto (*Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, págs. 65 y sigs.). Tomando como punto de partida estos tres grupos, hay una nota común, la interna honradez con que la persona debe actuar, lo que ha permitido a algunos autores inclinarse por una postura que podría calificarse como normativista. Así, por ejemplo, COSSÍO, que la entiende como un *complejo de normas objetivas*, y que veremos más adelante. Al profesor DÍEZ-PICAZO esta denominación no le parece exacta, pues, a su juicio, una cosa es la buena fe y otra el deber de comportarse de buena fe; él prefiere hablar de un modelo de conducta social o conducta socialmente considerada como arquetipo, o también de conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado.

(47) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, 1963, pág. 138. ROCA GUILLAMÓN entiende la invocación de la buena fe del 1.258 del Código Civil como un *deber de comportamiento*, equivalente a lo que se denomina comúnmente buena fe objetiva, y que constituye un criterio de valoración del obrar que deja un amplio margen a su apreciación por los Tribunales (cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.º-A, 1993, págs. 453-456).

(48) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Prólogo a F. Wieacker. El principio general de la buena fe*, 1977, págs. 11 y sigs. Este principio general del Derecho, sancionado en el artículo 7.1

tenga sobre los diversos sentidos que puedan otorgársele al concepto de buena fe, aquí y ahora, para el fin que pretendemos, lo que nos parece más útil es subrayar, por un lado, que el propio artículo 7.1 del Código Civil no cumple la función unificadora y de aplicación directa que había sido propuesta o apuntada en el trámite de reforma del Título Preliminar del Código Civil, y, por otro lado, que este precepto debe situarse en el mismo plano que el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal, atendiendo a la prescripción de un comportamiento o regla de conducta que se señala como pauta general en las relaciones jurídicas (y que no se refieren a la actitud subjetiva de estar en la creencia de que se ejerce el derecho como es debido) (49). En consecuencia se constata de manera indubitable, con la reforma efectuada en su día del 7.1 del Código Civil, la presencia deseada del principio de la buena fe dentro de nuestro ordenamiento considerado en su totalidad, pero no se suministraron en esa reforma, y esto es lo más importante, las claves o pautas que permitieran al intérprete explicar con una mayor claridad y eficacia el *alcance* del mismo. Incluso, como certamente se ha puesto de relieve, las consecuencias extraídas por la doctrina y la jurisprudencia del 1.258 del Código Civil parecen, *prima facie*, más completas y de mayor profundidad y calado que las que cabría sustraer, en un principio, del propio 7.1 del Código Civil (50).

del Código Civil por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, y el Decreto de 31 de mayo de 1974, no entraña, en efecto, una genuina innovación en nuestro ordenamiento, pues ya existía una reiterada doctrina y jurisprudencia sobre el particular, pero todo hace presagiar —sobre todo en materia de contratación en masa—, que esta consagración va a multiplicar los alegatos forenses y las decisiones judiciales que tengan su base en el mismo principio, como apuntó el profesor Díez-Picazo (cfr. pág. 10). En el mismo sentido puede verse, MONTÉS PENADÉS, para quien el 7.1 del Código Civil viene a ser un reconocimiento fragmentario de un principio general más amplio que la consagración de ese mismo principio, guardando clara relación de familiaridad con los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio [cfr. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, 1977, págs. 361 (nota 11), 364 y 365].

(49) Esta es la juiciosa posición de MONTÉS PENADÉS que comparto. Las objeciones al 7.1 del Código Civil fueron hechas en el Dictamen del Pleno del Consejo de Estado, de 4 de abril de 1974 (núm. 38.990). Montés critica el hecho de que el legislador, lejos de compendiar o suministrar un criterio capaz de proyectarse sobre las múltiples alusiones y referencias legales, ofrece al intérprete otra acepción limitada que viene a sumarse a las que anteriormente ya existían, enriqueciendo tal vez el panorama, pero haciendo inútil el esfuerzo de tomar el artículo 7.1 como centro de una óptica general de la buena fe en nuestro sistema (cfr. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, 1977, págs. 359, 361 y 367). También para MIGUEL GONZÁLEZ el artículo 7.1 es de una generalidad impropia para describir un supuesto de hecho normativo, porque, en principio, abarca todos los derechos subjetivos, poderes y facultades e impone una consecuencia jurídica necesitada de ulterior concreción (cfr. *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. I, 1993, pág. 39).

(50) Esta es la opinión de MONTÉS PENADÉS que se suma a los que sostienen el carácter incompleto de la regulación del 7.1 del Código Civil (cfr. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, 1977, vol. I, págs. 365 y 367).

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que la proliferación de conceptos como el de buena fe, equidad, abuso de derecho..., puede dar lugar a una potenciación del arbitrio judicial (51), pero, al mismo tiempo, no puede dejar de sorprendernos, paradójicamente, la escasa aplicación que durante muchos años viene teniendo la buena fe como fuente de integración del contrato (52). Esto es posiblemente lo que más llame la atención y lo que, tal vez, deba tratar de corregirse en los próximos años. En esta línea, un buen punto de referencia para la doctrina será observar cómo se aplica y cómo se entiende la buena fe por nuestros Tribunales dentro de los clausulados que aparecen en las condiciones generales con consumidores, y que determinarán y configurarán cabalmente por vía jurisprudencial, la *figura* ya conocida por toda la doctrina con la expresión de *cláusulas abusivas*. A mayor abundamiento y con el único deseo de dejarlo aquí apuntado, al margen del problema que nos ocupa aunque inexcusablemente asociado al mismo, también sería muy útil aquilatar en la práctica judicial de los próximos años cuál será la aplicación efectiva que hagan los Jueces y Tribunales de los supuestos de existencia o inexistencia de la buena fe dentro del ejercicio procesal de los derechos materiales (53).

Mas si bien, como se ha reconocido en un plano posiblemente muy elevado, la buena fe responde a una misma idea o a un mismo valor ético. Sin embargo, en la aplicación del Derecho, podemos encontrar en situaciones muy diversas, los problemas aquí, a su vez, son diferentes entre sí y se hace

(51) Así, MIGUEL GONZÁLEZ, quien piensa que si bien este arbitrio judicial está llamado a cumplir una importante tarea en la concreción del principio de buena fe, sin embargo, puede caerse en la tentación de acumular simplemente menciones de la misma, sin desarrollar una concreta y precisa fundamentación, como lo requiere la naturaleza de todo principio general (cfr. «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 29, 1986, pág. 9). En el mismo sentido puede verse en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 1993, pág. 38.

(52) Así lo pone también de manifiesto MIGUEL GONZÁLEZ, para quien el principio de la buena fe se revela hoy, si cabe, más necesario que nunca, y, aquí, hay que apelar a la sensibilidad y prudencia de los jueces a quienes corresponde concretar y desarrollar este principio. Y particularmente añade que, a su juicio, el principio de la buena fe debe ser observado con particular cuidado e intensidad en este tipo de contratos, porque las condiciones generales (en su abuso) representan un ataque, más o menos sutil, a la buena fe entendida como honradez, honestidad y lealtad rigurosas que exigen la protección de la confianza de la otra parte contratante (cfr. «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez*, tomo IV, págs. 4945 y 4946).

(53) El profesor Díez-Picazo ya dejó anotado en 1993 que si bien el artículo 11 de la LOPJ parece referirse de manera inmediata a la utilización contraria a la buena fe de los derechos y facultades de orden procesal, nada impide aplicarlo a la falta de buena fe en el ejercicio procesal de los derechos materiales o de fondo, de modo que permitirá una *exceptio* frente a la pretensión abusiva o de mala fe y una *replicatio* frente a la *exceptio* de aquellas características (cfr. *Fundamentos*, I, 1993, pág. 52).

preciso tratarlos por separado. En este contexto, la buena fe no puede entenderse en sentido unitario o unívoco, por cuanto que ello puede tener consecuencias perturbadoras para la comprensión de su funcionamiento en las distintas instituciones, a la vez que puede perjudicar la depuración del concepto, sobre todo y particularmente en su vertiente subjetiva. Así es como se viene hablando de la importancia de tener en cuenta los distintos *grados de concreción de la buena fe*, con delimitación de los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, además de la definición legal de la buena fe (54).

Ahora bien, en la contratación con condiciones generales los problemas no surgen tanto porque una parte ocupe una posición dominante o de monopolio en el mercado (*falacia del Nirvana*, más arriba mencionada), como porque, en puridad, una parte dicte unilateralmente la regla contractual y pretenda que entre en vigor mediante la aceptación en bloque de la misma por la otra parte, que, por lo demás, tiene lugar prácticamente en blanco. Según las últimas puntualizaciones de un sector doctrinal lo que se pretende y debe tratar de evitarse es el desplazamiento de las fuentes de integración del contrato, entre las que está precisamente la buena fe del artículo 1.258 del Código Civil (55).

c) POSICIÓN ADOPTADA COMO PUNTO DE PARTIDA

Vistas así las cosas, lo que hacemos ahora es tomar partido por una formulación del principio de la buena fe que huya de un planteamiento excesivo

(54) Así lo sostiene MIGUEL GONZÁLEZ para quien los intentos de reconducir a una unidad el concepto de buena fe, aunque bien intencionados, están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción. Así, éste habla, por un lado, de la buena fe como parte de los supuestos de hecho de las normas, y, por otro, de la buena fe como criterio valorativo que contribuirá a construir normas nuevas e incluso alterar, de algún modo, los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de las existentes. Esta distinción se equipara lisa y llanamente a la distinción, ya conocida, entre buena fe en sentido subjetivo y objetivo, y se corresponde con la distinción a la que se había referido Díez-Picazo en *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 1963, en las págs. 134 y siguientes. Para el profesor Miquel es muy importante —frente a la opinión de Hernández-Gil— que la Ley haya preconstituido una valoración concreta de la buena fe, integrándola en ciertos supuestos de hecho normativos, sin dejar ya libertad al intérprete o al Juez para sus propias valoraciones (cfr. MIGUEL, *La buena fe y su concreción...*, *ob. cit.*, págs. 10 y sigs.; *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 1993, págs. 40–42).

(55) Esta es la opinión que compartimos de MIGUEL GONZÁLEZ, para quien ese desplazamiento sólo puede admitirse en cuanto las condiciones generales eludan la ambigüedad e indeterminación propias del principio de buena fe, pero, es inadmisibles, en la medida en que traten de defraudar los valores encarnados en el mismo principio (cfr. «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos*, *ob. cit.*, tomo IV, 1996, pág. 4946).

vamente dogmático, por lo que pudiera tener de inseguridad jurídica en su aplicación jurisprudencial al caso específico, dando a entender así que, aquí y ahora, uno de los problemas fundamentales consiste, precisamente, en ampliar aún más el ámbito de actuación de la buena fe en las situaciones jurídicas que se plantean habitualmente en la vida de los contratos (56). En este punto, gran parte de las dificultades se encontrarán muy posiblemente en la determinación por parte del juez sobre el alcance y contenido de la buena fe en cada caso concreto y singular. La cuestión primordial, como han puesto de manifiesto algunos autores, viene a centrarse en torno a la alternativa de si el juez debe resolver basándose en su particular criterio sobre la buena fe, desvinculado de todo referente externo, o si, por el contrario, y como parece más razonable por otro lado, debe ajustar su decisión al criterio que le es dado por el sentir social (*los cánones sociales*) (57), y todo ello a través de un conjunto de valoraciones de orden ético. Como se ha sostenido por algún sector doctrinal, de lo que no cabe la menor duda es que sólo de esta segunda manera apuntada será posible ejercer un control de discrecionalidad judicial por la vía del recurso de apelación (58). Esto es particularmente sugerente por lo que concierne a la aplicación de la Directiva de 1993 y su reciente transposición en la LCC, por cuanto que, como podemos constatar ahí clara-

(56) Decimos «aún más» por cuanto justo es reconocer, con A. LÓPEZ Y LÓPEZ, que la prescripción de un comportamiento, de acuerdo con la buena fe, se ha desenvuelto con especial vigor en el campo del contrato (cfr. *Derecho Civil, Parte General*, 1992, pág. 347). Por su parte, el profesor ROCA GUILLAMÓN, sin desdeñar la consideración de principio general que tiene la buena fe en el artículo 71 del Código Civil, ha considerado, acertadamente a mi juicio, el inconveniente que ésta tiene en cuanto a la imprecisión que de la misma pueda derivarse —achacable asimismo a otros *arquetipos* jurídicos, como la equidad—, pues permite el fácil recurso de encomendar al juez su adaptación al caso concreto, de lo que puede resultar una cierta inseguridad jurídica si esa labor judicial no está guiada por hipótesis normativas concretas o por criterios jurisprudenciales claros. El problema fundamental que plantea el principio de buena fe, a juicio de ROCA, estriba particularmente en su modo de actuar en las situaciones jurídicas concretas y no en la determinación de su concepto, que, en rigor, no puede formularse con carácter unitario en nuestro Derecho (cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.º-A, 1993, págs. 447 y 449). Ya en el año 1955, WIEACKER había dudado de la operatividad de estas cláusulas entendidas como *válvulas* para el cumplimiento de las exigencias ético-sociales (de *conceptos válvula* habló también el Informe de la Ponencia, de 4 de noviembre de 1972, para la reforma del Título Preliminar del Código Civil), frente al temor de que se produjera una debilitación del Derecho a través de una laxa y hasta demagógica equidad, viendo así en las cláusulas generales una puerta abierta a la arbitrariedad, y, en particular, al juego de los intereses y de la presión políticos (cfr. *El principio de buena fe*, 1977, pág. 30).

(57) Así se expresa A. LÓPEZ Y LÓPEZ cuando define a la buena fe como aquel conjunto de deberes que la lealtad y la ética, de acuerdo con los *cánones sociales*, imponen a toda persona en su actuación en el mundo de las relaciones jurídicas (cfr. *Derecho Civil, Parte General*, 1992, pág. 349).

(58) Cfr. Por todos, ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.º-A, 1993, pág. 450

mente, la buena fe se va a convertir aún más, *velis nolis*, en el concepto central y clave para el control de las cláusulas abusivas que rompan el equilibrio de la relación contractual (59).

Así las cosas, la buena fe, tal y como aparece en la LCU recientemente modificada (art. 10 bis), viene a subrayar, de una vez por todas, la importancia creciente de la función normativa desempeñada por la buena fe dentro del 1.258 del Código Civil y del 57 del Código de Comercio (60). En efecto, desde los años cincuenta se había puesto en evidencia por la doctrina más autorizada, cómo en nuestro Derecho, la buena fe había llegado a significar una verdadera fuente de normas objetivas, o, si se prefiere, un complejo de normas jurídicas. De igual modo, se venía afirmando que lo que se aspiraba a conseguir de esta manera es que tanto el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, como el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque ni siquiera hubieran sido formulados por el legislador ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que, en cualquier caso, se consideran que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tienen asimismo carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto (61).

(59) Por todos los que piensan que está generalmente admitido como *pieza clave* de esta parcela del Derecho de la contratación, puede verse ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 81 y 94. Para éste, el Derecho de las condiciones generales se diferencia, principalmente, del Derecho contractual, en la cláusula general que sirve como patrón de enjuiciamiento de su validez: en el primer caso, lo constituyen la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones [derogado art. 10.1.c) LCU y actual art. 10 bis LCU], y, en el segundo caso, la moral y el orden público (art. 1.255 del Código Civil).

(60) Entre otros, puede verse ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales...*, ob. cit., pág. 453, quien ha constatado que, ya la jurisprudencia ha venido a declarar, y cada vez de forma más explícita, el carácter normativo de la buena fe en relación con supuestos particulares de aplicación del artículo 1.258 del Código Civil.

(61) Este es el tantas veces citado texto del profesor ALFONSO DE COSSÍO a propósito del estudio de los supuestos de aplicación de la excepción de dolo, cuya raíz y origen, según el mismo Cossío, ha sido siempre la de oponer al formalismo estricto de la ley, una solución espiritualista y equitativa, es decir, dotar de sentido humano a la aplicación de las normas jurídicas, siendo por ello preciso, aunque parezca contradictorio, buscar a la excepción de dolo un fundamento objetivo, fuera de la mera intención del agente (cfr. *El dolo en el Derecho Civil*, 1955, págs. 243 y 244). Este razonamiento, de modo traslativo, es aplicable al ámbito de la contratación, al referirnos a las cláusulas abusivas de la contratación. Para el profesor Díez-Picazo, parafraseando estas palabras de Cossío, la buena fe viene a ser un arquetipo o modelo de conducta social: la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas. Este profesor

En esta línea se han pronunciado otros autores, que han puesto de manifiesto que la buena fe no puede ser entendida en modo alguno desde una perspectiva subjetiva, como imposición de un deber de comportamiento honorable o adecuado a los criterios morales imperantes en la sociedad y en el tráfico jurídico, sino, más bien, como un criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas (en este caso patrimoniales), que se superpone al propio comportamiento de las partes y modaliza el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto (62).

Para comprender el funcionamiento de esta llamada *fuerza de reglamentación extrínseca y secundaria* del contrato (buena fe), algunos piensan que lo fundamental estriba en saber si ésta *funciona* sólo para suplir los pactos expresos, y ha de aplicarse de modo acorde con ellos, o si más bien hay que inclinarse por una concepción social del contrato que imponga una objetiva construcción del conjunto de la reglamentación contractual, y que no tenga por qué hacerse necesariamente como reconstrucción de la voluntad presumible de los contratantes. Para los que se preguntan esto, la integración del contrato no acontece, a su juicio, porque las partes hayan dejado lagunas en él, ni tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna en cuestión; se trata, a su entender, en suma, de una ordenación objetiva de la relación contractual, por la que se introducen en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes.

Desde esta óptica particular conviene subrayar que la aplicación de la buena fe al régimen de una relación contractual constituye, a su juicio, un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades de su cumplimiento, y, al mismo tiempo, esta regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular de un derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto

ha establecido, asimismo, tres vías de concreción de la buena fe en el régimen jurídico de las relaciones patrimoniales: como criterio hermenéutico, como criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones y como criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos (cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1993, pág. 50) El problema estriba ahora, sustancialmente, en el reconocimiento acerca de si estos criterios se solapan continuamente o pueden separarse entre sí en cualquier caso

(62) Esta es la opinión de C. LASARTE, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, 1980, págs 75 y 76. Previamente, siguiendo a MONTÉS, el profesor Lasarte había afirmado que el 7.1 del Código Civil no puede ser considerado como el punto central de la regulación de la buena fe, ni el precepto básico que la consagre como principio general del Derecho; a su juicio, la consideración de la buena fe por el Título Preliminar de 1974, no deja de ser un precipitado de la clásica contemplación legal, doctrinal y jurisprudencial de la misma; incluso llega a decir que puede tacharse como un pálido reflejo de la misma.

de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo (63).

Ahora bien, vistas así las cosas parece bastante diáfano que la esencia de la buena fe debe deducirse de la función que la norma jurídica le asigne en cada caso. El hecho de que el 1.258 del Código Civil se trate de una *norma abierta*, permite aseverar que el referente externo más seguro para el juez será, entonces, el que le proporcione la interpretación doctrinal y jurisprudencial. La buena fe debe tener así, como finalidad principal, la de adecuar los efectos del contrato a las reglas objetivas de conducta honorable exigidas por el tráfico jurídico y que, individualizadas casuísticamente por el Tribunal Supremo, constituyen derivaciones concretas del principio general del Derecho referido. En suma, ese carácter de *norma abierta* requerirá hoy más que nunca una jurisprudencia decidida y atenta a los problemas actuales del mundo de la contratación, en el que serán muy importantes las sucesivas posiciones que tomen los Tribunales al enjuiciar las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes (64).

Es imposible determinar *a priori* un eventual elenco de deberes concretos que formen parte del comportamiento acorde a la buena fe, puesto que esto iría además en detrimento de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética y que cuadra perfectamente, como se ha dicho, con su carácter de principio general del Derecho: contemplar cada acto de ejercicio de los derechos o del cumplimiento de las obligaciones en su singularidad, según la

(63) Cfr. Díez-PICAZO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Paz-Ares/Díez-Picazo/Bercovitz/Salvador (eds.), tomo II, 1993, pág. 437. También ahí se apunta, y esto tal vez no debe minusvalorarse, que la buena fe es una fuente de creación de deberes accesorios del deber principal de prestación (por ejemplo, el vendedor de una empresa tiene *ex fide bona* el deber contractual de no hacer concurrencia al comprador).

(64) Cfr. ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil...*, *ob. cit.*, págs. 450-451; LASARTE ALVAREZ, *Sobre la integración del contrato*, *ob. cit.*, pág. 78. Es muy acusada y digna de encomio la importancia que ha venido concediendo Lasarte a la buena fe como criterio normativo, criterio ordenador de las relaciones contractuales que se superpone al propio comportamiento de las partes (no digamos ya a la interpretación del clausulado contractual), y que configura el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto (cfr., entre otros, *Principios de Derecho Civil*, III, pág. 122). Pero más interesante si cabe es recoger aquí su inquietud compartida, hoy más acuciante quizá que cuando él la expresó allá por el año 1980, de que debe ser una *jurisprudencia decidida y atenta* la que debe afrontar en términos de justicia material aquellas cuestiones, y ello en razón del cúmulo de litigios y problemas que se van a presentar a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de CGC, de 13 de abril de 1998, junto con la correspondiente reforma realizada en la LCU. Sería deseable, dicho también con sus propias palabras, plenamente actuales por otra parte, que no asistiéramos a las *salidas por la tangente* a las que tan fácilmente pueden acogerse los Tribunales invocando la buena fe como principio general, sin *pormenorizar y motivar precisa y adecuadamente* los extremos en que fundamente sus resoluciones en estas materias.

concreta expectativa que se haya generado en el sujeto pasivo, y en relación directa con la especialidad de la relación jurídica existente entre él y el sujeto activo.

Esa indeterminación previa es todavía mayor si tenemos en cuenta que son los cánones sociales (*conciencia social*), los que establecen cuándo un comportamiento es leal y ético y cuándo no, por lo que la flexibilidad de tales criterios sólo será posible ante la contemplación de un específico conflicto de intereses visto en su singularidad (65). Este es precisamente uno de los principales problemas que plantea la buena fe, dada su innata versatilidad conceptual (66), por cuanto que dentro de las relaciones patrimoniales —y en los contratos si cabe, especialmente— se nos exigirá ver, en cada caso particular, cuál es el tipo de contrato y cuál es la finalidad perseguida a través de él por las partes contratantes, para, desde ahí, poder determinar cuáles son los particulares deberes que de la misma se derivan (67). Conviene, además, tener en cuenta que ahí radica, precisamente, una de las mayores virtudes de la buena fe, que no es otra que la poder adaptar el ordenamiento jurídico a la realidad del momento presente (68), y ello por cuanto entendemos que este

(65) Cfr. A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho Civil (Parte General)*, 1992, págs. 351–352.

(66) Pensamos que, sin exageración, se ha llegado a decir que la contrariedad a la buena fe es la expresión más abstracta y genérica del carácter abusivo de una cláusula (cfr. ALFARO, *El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, ob. cit., 1997, pág. 872).

(67) Estamos colocando la buena fe del artículo 1.258 del Código Civil en el mismo plano que la del artículo 7.1 del Código Civil, siguiendo, entre otros, el criterio de MONTÉS, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, 1977, vol. I, pág. 364. Pensamos que el artículo 1.258 del Código Civil (junto con el 57 del Código de Comercio, aunque no lo mencionemos expresamente en ocasiones) debe compatibilizarse con el artículo 7.1 del Código Civil en su aplicación e interpretación. Por otra parte, ya es clásica la diáfana concepción de Díez-Picazo, para quien la buena fe del artículo 1.258 es un estándar jurídico; un modelo de conducta social o la conducta que la conciencia social exige como necesaria en virtud de un imperativo ético dado; una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles entre las partes contratantes, de acuerdo con el tipo de contrato y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes. Al mismo tiempo, Díez-Picazo, con palabras que encajan perfectamente con las anteriores, aunque referidas más bien ahora a la buena fe entendida como principio general, entiende asimismo la buena fe como el ambiente dentro del cual las relaciones jurídicas, y, en particular, las relaciones patrimoniales, deben desenvolverse (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, págs. 49 y 338).

(68) Así lo entiende también, entre otros, MIGUEL GONZÁLEZ, para quien se hace necesario comprender que la buena fe y el equilibrio de contraprestaciones no son vaguedades imposibles de concretar y que cada cual puede entender como quiera; la indeterminación es propia —inmanente, se ha dicho en otro lugar— al principio general de la buena fe, y, mantenerla, constituye precisamente una estrategia del ordenamiento jurídico para facilitar constantes adaptaciones del mismo a la realidad (cfr. «Reflexiones sobre condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, ob. cit., tomo 4, pág. 4955; *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 1993, pág. 38). Ahora, lo que se necesita es potenciar ese principio todavía más en el ámbito de la contratación y de las

principio condensa las máximas fundamentales del obrar contractual, lo que le hace especialmente útil e idóneo como criterio para enjuiciar el carácter abusivo o no abusivo de las cláusulas predispuestas (69).

d) CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: SU APLICACIÓN POR JUECES Y TRIBUNALES

Con todo se reafirma la importancia trascendental que en estas cuestiones va a tener la jurisprudencia, por cuanto que se dispone ya de un nuevo instrumento legal, la flamante *Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la LCU reformada*, y, no en menor medida, del hecho de que los contratos con condiciones generales, al sustituir las fuentes de integración del contrato por una reglamentación predispuesta por uno solo de los contratantes, constituyen un serio peligro para la buena fe y el equilibrio de las prestaciones. De este modo podemos sostener, tal y como se ha apuntado recientemente, que el control de validez de las condiciones generales debe consistir precisamente en velar porque esa sustitución no se haga, en lo más mínimo, en contra de la buena fe y el equilibrio de prestaciones. Se apela con buen criterio, en consecuencia, a la sensibilidad exigible a los jueces ante los fenómenos sociales y ante los valores que deben presidir su ordenación jurídica, y ello por cuanto que una de las ideas más firmes e indubitables a tener en cuenta a partir de ahora, y todavía más si cabe una vez introducidas las reformas antedichas, es que en los contratos con condiciones generales debe reinar la buena fe del modo más exigente (70).

IV. EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

El binomio *condición general y cláusula abusiva* dista de entenderse como si se tratase de dos materias separadas o fragmentarias dentro de la contratación en serie. Para algunos, incluso, la distinción que pueda hacerse entre

cláusulas abusivas; así, al menos, podemos deducir que se trata de un deseo personal que se desprende de sus *Reflexiones sobre las condiciones generales*, donde sostiene muy atinadamente que, al mismo tiempo que se ha afirmado todo lo anterior, se hace imprescindible un *desarrollo jurisprudencial de constelaciones de casos presididos por criterios reconocibles para futuras decisiones*, y que sirvan para tipificar las condiciones abusivas y facilitar la subsunción y la analogía (cfr. «Reflexiones sobre condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, tomo 4, pág. 4955).

(69) Cfr. ALFARO, *El proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, *ob. cit.*, pág. 896.

(70) Este es el criterio de MIGUEL GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, tomo 4, 1996, pág. 4955.

ambas puede llegar a ser perniciosa y errónea (71). En efecto, uno de los problemas más importantes que gravitan sobre las condiciones generales es precisamente aquél que afecta a su aplicación con consumidores y usuarios, para lo que habrá que estar precavidos y tener en cuenta, indefectiblemente, la regulación que afecta a las cláusulas abusivas (72). Ya hemos apuntado más arriba que las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio dentro de las relaciones con consumidores, y que pueden darse tanto en cláusulas predispuestas dentro de un contrato particular, al que el consumidor se limita a adherirse, como dentro de las cláusulas predispuestas en las condiciones generales (73).

(71) Así piensa, por ejemplo, ALFARO, para quien *condiciones generales y cláusulas abusivas* no son dos categorías homogéneas que, por lo tanto, puedan distinguirse, y, sobre todo, *deban* distinguirse, ya que el régimen jurídico que se pretende para ambas es idéntico (cfr. «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, núm. 67, 1997, pág. 862).

(72) En la Exposición de Motivos de la LCGC, de 13 de abril de 1998, se regulan las condiciones generales de la contratación con la intención de proteger no sólo «los legítimos intereses de los consumidores» sino «también de *cualquiera* que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual». Por otro lado, en el mismo texto legal, se regulan las cláusulas abusivas de manera independiente, esto es, sin tener en cuenta su incorporación o no a condiciones generales de la contratación. En cualquier caso, hay una referencia en el artículo 8.2 de la LCGC, como no podía ser de otra forma, a la regulación de las cláusulas abusivas dentro de la Ley de Consumidores y Usuarios (nulidad de las condiciones generales abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor), lo que pone en evidencia la *estrecha conexión* de ambas regulaciones aunque se haya optado por recogerlas en textos legales distintos. Con todo, es criticable este fenómeno de dispersión legislativa, pues tal vez hubiera sido más plausible haber optado por regular en su integridad la transposición de la Directiva 93/13/CEE dentro de la recién aprobada LCGC. Al menos de esa manera se hubiera facilitado la más rápida incorporación a la vida jurídica de una materia que, desafortunadamente, no ha tenido el deseable eco dentro de los pronunciamientos judiciales.

(73) En este sentido se expresa también la Exposición de Motivos de la nueva LCGC, si bien en ella se parte de la distinción entre condiciones generales y cláusulas abusivas para justificar la exigencia de dos leyes distintas, lo cual no es del todo exacto. La categoría de *cláusula abusiva* carece de todo sentido en los contratos individuales, ya que los jueces no pueden controlar la justicia del contenido contractual. La calificación como *abusiva* de una cláusula negociada individualmente carece de cualquier contenido jurídico, si bien podría hablarse de cláusula abusiva en un sentido *vulgar* para referirnos, por ejemplo, a que una determinada persona ha hecho un mal trato aceptando semejante cláusula. Sin embargo, y esto explica la inexactitud anterior, el sentido *técnico* del término *cláusula abusiva* se refiere exclusivamente a las cláusulas desequilibradas incluidas en un contrato, que hubieren sido prerredactadas o predispuestas e impuestas en perjuicio del adherente consumidor. Es decir, este concepto sólo será útil para delimitar las consecuencias del *control del contenido del contrato*, y, en consecuencia, para cumplir con el mandato de la Directiva hubiera bastado —así piensa ALFARO, por ejemplo— con una sola regulación legal, evitándose que las condiciones generales utilizadas frente a consumidores queden «doblemente» sometidas a la misma regulación, porque el régimen aplicable a condiciones generales y cláusulas abusivas era en el Proyecto de 1997 —y ahora

El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE se extiende a todas las cláusulas insertas en los contratos que hayan sido *predispuestas* por el empresario, y ello tanto si las emplearen masivamente con los consumidores como si las utilizaren restringidamente para casos particulares (*cláusulas no negociadas individualmente*), siempre que el consumidor no haya podido influir en su contenido. Quedan excluidas del control de abusividad todas aquellas cláusulas *prerredactadas* que hubieren sido, por el contrario, objeto de negociación por las partes contratantes. Al delimitar así su ámbito de aplicación, la Directiva no hizo sino reflejar el resultado del debate en el seno de la Comisión Europea (74) en el que se adoptó una solución de compromiso que no obligara a los Estados miembros a controlar los acuerdos negociados individualmente, pero sí a exigir que se controlen, además de las condiciones generales, aquellas cláusulas *predispuestas* que no hubieran sido objeto de negociación y, eso, aún cuando éstas lo fueran para un sólo contrato. Aquí se puede plantear, circunstancialmente, el problema acerca de si cabe o no incluir dentro de ese control a todas aquellas cláusulas o condiciones que se incorporan a un contrato a instancias de un tercero ajeno a la relación principal, como sucedería, por ejemplo, en el supuesto que un Notario participara en su formulación. En principio, parece que la contestación debe ser negativa, a no ser que ese tercero actuase con la clara intencionalidad de fortalecer la posición contractual del empresario (75).

Pero volviendo al tema que nos ocupa podemos comprobar que el *criterio central* para determinar cuándo las cláusulas deben someterse a *control del contenido* (para conocer si son o no abusivas) no es el criterio acerca de su carácter *negociado*, sino el criterio de su carácter *predispuesto*. Y este criterio

en la Ley 7/1998— sustancialmente el mismo: control de la incorporación del contrato, normas de interpretación y control del contenido (confrontar remisiones legales recíprocas de los nuevos art. 10.3 LCU y art. 8.2 de la LCGC). Para ALFARO es también muy lamentable este tipo de remisiones legales, desde el punto de vista de técnica legislativa, por cuanto que la Ley de condiciones generales no es una ley general ni la Ley de consumidores una ley especial (cfr. *El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación*, *ob. cit.*, págs. 866–868).

(74) Sobre las particularidades de la polémica puede verse H. E. BRANDNER/P. ULMER, *EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Betriebs-Berater (BB), 1991, págs. 701 y sigs.

(75) Esta es la opinión de EMPARANZA, quien entiende que, en el caso planteado del Notario participe en la redacción y formulación de las cláusulas, se estaría conculcando también su necesaria neutralidad en el desempeño de su labor como fedatario público, y, se subraya, además, que esta es la postura unánime de la doctrina alemana, la cual sostiene que instaurar un control sobre el contenido de los contratos celebrados ante Notario implicaría, asimismo, una evidente pérdida de seguridad jurídica, teniendo en cuenta la función de garante de la legalidad que le otorga el ordenamiento jurídico (cfr. «La Directiva comunitaria sobre...», *ob. cit.*, en RDM, 1994, pág. 470, donde se cita principalmente a ULMER/BRANDNER/HENSEN, *AGB-Gesetz*, 7. Aufl. Köln, 1993, & 1, Rdn. 74 y sigs., esp. 78, 80; *Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992, págs. 96–97, 101–102).

parece ser el más adecuado porque, como se ha sostenido, lo que justifica el control del contenido de unas cláusulas es que, respecto a ellas, el «*control del mercado*» no funciona correctamente, impidiendo así que pueda afirmarse que han sido aceptadas libremente por el consumidor y, por tanto, que queden sometidas a la regla *pacta sunt servanda* (76).

Certeramente se ha hecho notar por algún autor que la ausencia de negociación individual es, en general, irrelevante, y no significa que haya existido un defectuoso funcionamiento de la autonomía privada. Además, el requisito establecido en la Directiva 13/93/CEE de que se trate de cláusulas «no negociadas individualmente» no tiene la función de delimitar positivamente el ámbito de las cláusulas contractuales que van a quedar sometidas a control, sino, precisamente, el sentido contrario. Con esto tan sólo se quiere aclarar que, aunque se trate de cláusulas predisuestas, si éstas han sido negociadas individualmente, no quedarán sometidas a control (77).

Pero puede comprobarse que en la nueva LCGC se va más allá de lo exigido por la Directiva, por cuanto que se someten a *control del contenido* (78) todas las cláusulas incorporadas a un contrato entre un empresario y un consumidor, excepto aquéllas que hubieran sido negociadas individualmente, sin exigir, por tanto, que se trate de cláusulas prerredactadas. De hacerse así, salvo que el empresario pueda demostrar que negoció la cláusula en cuestión con el consumidor, se aplicará el control del contenido (79).

(76) Así, ALFARO, para quien controlar judicialmente el contenido contractual sólo es legítimo cuando concurren circunstancias que permitan afirmar que existe un déficit de funcionamiento de la autonomía privada, déficit que aparece por las *asimetrías* de información existentes entre los predisponentes, que redactan los formularios, y los consumidores, que se limitan a adherirse al clausulado propuesto por el empresario (cfr. «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 67, 1997, pág. 865).

(77) Por todos, ALFARO, quien mantiene que es necesario «ordenar» las afirmaciones del legislador comunitario en el artículo 3 de la Directiva de 1993. De esta manera llega a concluir que lo que el legislador comunitario entiende por «cláusula contractual no negociada individualmente», no es lo que se entiende en el lenguaje ordinario, sino aquélla que «haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido» (art. 3.2), esto es, un concepto en el que aparecen necesariamente juxtapuestas las notas de la predisposición y la imposición (cfr. «El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 67, 1997, pág. 865 y nota 20). Frente a esta opinión VATTIER FUENZALIDA sostiene que lo esencial no es la redacción previa de las condiciones generales a las que el contrato se somete, sino la falta de negociación de las distintas cláusulas del contrato [cfr. «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 630, 1995, pág. 1525].

(78) El desplazamiento del interés desde el llamado *control de inclusión* de las cláusulas abusivas a un verdadero control de su *contenido* ha sido puesto de manifiesto por la generalidad de la doctrina. Por todos, VATTIER, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *RCDI*, 1995, págs. 1528-1529.

(79) Así aparece en el nuevo artículo 10 bis de la recién reformada LCU. Lamenta ALFARO, con toda razón, que esta mayor extensión de la regulación española respecto de

La Directiva 93/13/CEE, como es sabido, ha configurado un sistema de *control del contenido* sobre cláusulas abusivas basado en la formulación de un concepto general de *cláusula general* recogido en su artículo 3.1, el cual aparece reforzado, a su vez, con una enumeración ejemplificativa o enunciativa de cláusulas abusivas que vienen recogidas dentro de un anexo de la misma Directiva (80). Con este control lo que se pretende es limitar los poderes de configuración negocial del predisponente, de tal manera que éste sólo pueda establecer un derecho susceptible de ser homologado por el legislador, esto es, un derecho que sea acorde con el Derecho dispositivo, los usos y la ley (art. 1.258 del Código Civil). Dentro de este control pensamos que debe ponerse especial énfasis en la circunstancia de que al predisponente, por su peculiar situación dentro del contrato, le estará vedado apartarse, sin justificación, de las normas y principios de Derecho dispositivo.

Con carácter general, lo que parece aceptarse pacíficamente por toda la doctrina es que la *pieza básica* del control de las cláusulas predispuestas es este denominado *control del contenido* de las cláusulas, el cual se articula básicamente sobre la *cláusula general* de buena fe, con el auxilio y complemento de una generosa tipificación de las cláusulas concretas prohibidas (81). Es decir, la cláusula general no constituye una fórmula jurídica autónoma, sino que requiere un mecanismo de concreción de los supuestos encerrados bajo dicha cláusula (82). Este es el sistema que ya aparece en la reformada LCU (nueva Disposición Adicional primera), y que ha sido criticado por un amplio sector doctrinal, tanto por el hecho de tener que coexistir dos leyes

la comunitaria no sea previsiblemente razonada sino, quizá, producto de una lectura apresurada de la Directiva 13/937/CEE (cfr. *El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación...*, ob. cit., pág. 866).

(80) Ya en 1980, POLO se refería a que dentro del Derecho comparado se ofrecían en aquel entonces dos soluciones posibles: la seguida por el Consejo de Europa, a través de la *Resolución 47/1976, de 16 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, sobre «las cláusulas abusivas en los contratos concluidos por los consumidores y métodos de control apropiados», también seguida por la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976, de condiciones generales de los contratos (*AGB Gesetz*), basadas ambas en la técnica de la cláusula general definitoria y supuestos concretos de cláusulas abusivas, y la seguida por la Ley inglesa de cláusulas ilícitas en los contratos (*Unfair Contracts Terms Act*, de 26 de octubre de 1977), que sanciona determinados tipos de cláusulas abusivas (cfr. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 94 y sigs.; *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, págs. 57-64). Inequivocamente las preferencias legislativas se han inclinado por el modelo de cláusula general, sancionado en la Directiva 93/13/CEE.

(81) Cfr. ALFARO, *El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, ob. cit., 1997, pág. 896.

(82) Así lo expresa, siguiendo las pautas de la Directiva, EMPARANZA, *La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas...*, ob. cit., pág. 473. Piensa este autor que tal vez hubiera sido recomendable delimitar, dentro de la Directiva 93/13/CEE, el grado de desequilibrio exigible en las relaciones entre el consumidor y el empresario, con el fin de determinar el carácter abusivo de la cláusula.

que van a regular supuestos muy próximos y, en muchos casos coincidentes (83), como en razón de no haber respetado el carácter meramente *indicativo* de la Directiva 93/13/CEE (art. 3.3) (84).

Parece claro que con la Directiva 93/13/CEE se pretende conjurar el desequilibrio que pueda darse entre la superioridad *funcional* del empresario y la posición del consumidor. Ahora bien, esta finalidad no tiene porqué relevar a un segundo plano la defensa del principio de autonomía de la voluntad (85), cuando lo que se está regulando es precisamente el cauce normativo por el que las partes contratantes —empresario o profesional y consumidor— pueden verse en una posición de equilibrio, dentro de la cual ninguna de ellas pueda prevalerse de una posición dominante o de superioridad. Autonomía de la voluntad que, en el ámbito contractual, es ante todo y antes que nada, libertad de contratación, lo cual significa y determina la libre opción del individuo entre contratar y no contratar (86). De ahí que

(83) Esta es la opinión del profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS, para quien hubiera sido preferible haber derogado el antiguo artículo 10 de la LCU y haber promulgado una ley, que, con un amplio ámbito de aplicación subjetivo, regulase, fundamentalmente, las condiciones generales de la contratación, y, que, en la medida necesaria para cumplir el mandato de la Directiva de 1993, protegiese a los consumidores y usuarios, no sólo frente a los peligros derivados de la utilización de condiciones generales, sino también frente a las cláusulas impuestas en contratos no sujetos a este tipo de clausulados (cfr. *Derecho de los Negocios*, núm. 86, noviembre de 1997, pág. 3). En otro sentido, tal y como ha sido planteada la reforma, esto es, circunscrita al ámbito de aplicación de sus normas a las relaciones entre empresarios y consumidores, y, teniendo en cuenta que el régimen jurídico aplicable a condiciones generales y cláusulas abusivas es el mismo, ALFARO piensa que la reforma podría haberse llevado a efecto en el estricto y exclusivo marco de la LCU (cfr. «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación...», *ob. cit.*, en *RDBB*, núm. 67, 1997, págs. 867, 893 y sigs.)

(84) Por todos, puede verse ALFARO, para quien el texto proyectado —y recientemente aprobado— desborda, en este punto, cualquier norma de proporcionalidad, considerando que debería haberse mantenido el carácter enunciativo de la lista de cláusulas abusivas de la Directiva (art. 3.3). Para éste, los jueces, en el último Proyecto —ahora aprobado como Ley— habrán de declarar nulas las cláusulas contenidas en la lista, y, por aplicación de la cláusula general del nuevo artículo 10.1 LCU, podrán declarar también nulas otras no contenidas en esa lista. Dado que, según su criterio, muchas de las cláusulas declaradas nulas en la lista son, a su vez, auténticas cláusulas generales, la inseguridad jurídica se le antoja insoportable (cfr. *El Proyecto de Ley de condiciones generales*, *ob. cit.*, 1997, págs. 868 y 896). En otro sentido diferente se pronuncia VATTIER, para quien no es razonable adoptar una lista de carácter indicativo (cfr. «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *RCDI*, 1995, pág. 1539).

(85) En contra de la opinión de EMPARANZA, que cita en su apoyo a FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Bd. 2 Das Rechtsgeschäft 4. Aufl., Berlin—Heidelberg—New York, 1992, & 37, 2, pág. 670, y a ULMER en *Ulmer—Brandner—Hensen, AGB—Gesetz*, 7. Aufl. Köln, 1993, Einl. Rdnr. 32.

(86) Así se expresa con claridad Díez-Picazo cuando afirma que la autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo cual para él significa, sustancialmente, tres cosas: libertad de constitución de las relaciones contractuales, libertad de elección del tipo contractual, y, en último término, libertad para mo-

sostengamos que todo lo que contribuya a un deseable equilibrio *inter partes* dentro del contrato será debelador frente a todo aquello que atente contra el principio de autonomía de la voluntad. En consecuencia, aun tratándose de cláusulas abusivas, pensamos que también es posible hablar con propiedad de recuperación de la libertad de estipulación de las partes dentro del fenómeno de la contratación en masa o seriada, máxime cuando de lo que se trata en definitiva es corregir los desequilibrios que puedan darse en perjuicio del consumidor.

En otro orden de cosas, y si bien en un principio parece que la Directiva 93/13/CEE (87) deja fuera de su ámbito de aplicación aquellas condiciones que reflejen disposiciones legales o reglamentarias *imperativas*, sin embargo hay que señalar que también habrán de excluirse de la aplicación de esta Directiva aquellas normas que «con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo» (88). Lo cual no quiere decir, a nuestro juicio, que la nota de la imperatividad de las normas que establece el artículo 1.2 de la Directiva, como causa de exclusión de su aplicación, haya de entenderse en un sentido *laxo* (89), sino que lisa y llanamente se está dando entrada también a que la libre composición de intereses entre las partes pueda eludir la aplicación de la propia Directiva. Ahora bien, esto no cabe duda de que puede introducir cierta perplejidad sobre el verdadero deseo de aproximación y armonización de las legislaciones nacionales a propósito de las cláusulas abusivas (90).

Con carácter previo debe señalarse, aunque ya lo hemos dado por supuesto más arriba, que siempre que hablemos de las *cláusulas abusivas* lo estamos haciendo del *control del contenido* de las mismas, esto es, del análisis acerca de si son o no conformes con la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones. El sentido que se dé a esta cláusula general de la buena fe va a ser decisivo para determinar cómo se realiza y qué alcance puede tener ese control (91). Y esto servirá, tanto si hablamos de cláusulas predispuestas no

dificar el contenido legal de los contratos regulados por la ley (cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, pág. 128).

(87) Y el Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 5 de septiembre de 1997 (art. 2)

(88) Cfr. Considerando 13 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1998.

(89) Por un sentido laxo se pronuncia EMPARANZA, «La Directiva Comunitaria sobre...», *ob. cit.*, en *RDM* (1994), nota (18), pág. 468.

(90) En este sentido puede verse la propia LGCC —que recoge el mismo texto del *Proyecto de Ley sobre CGC de 5 de septiembre de 1997* cuando trata de las llamadas «cláusulas declarativas»—, y donde se afirma que no será de aplicación la presente Ley a las condiciones generales «que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes» (art. 4.2, *in fine*)

(91) CLAVERÍA GOSÁLBEZ ya había comentado, a propósito del antiguo artículo 10.4 de la LCU, recientemente modificado, la transformación espectacular que ha experimen-

negociadas individualmente para *un* solo contrato con un consumidor concreto, como si se trata de cláusulas predispuestas no negociadas individualmente para su utilización en una *pluralidad de contratos (condición general)*. De ahí que pueda afirmarse que el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva de 5 de abril de 1993 sea algo más amplio que el de la nueva LCGC, ya que incluye, dentro de su ámbito, además de las condiciones generales, aquellas otras cláusulas predispuestas por el empresario para un solo contrato y que no hubieran sido objeto de negociación (*cláusulas impuestas*) (92).

a) EL PUNTO DE PARTIDA DEL CONTROL DEL CONTENIDO:
EL CONCEPTO DE LA BUENA FE

Como punto de partida en este punto conviene recordar, siquiera brevemente, la polémica histórica acerca del fundamento de la obligatoriedad de los clausulados generales. Las tesis *normativistas* fundamentan la validez de las condiciones generales en la convicción de que poseen un auténtico valor normativo, mientras que las tesis *contractualistas* lo fundamentan, sin embargo, en la creencia de que se trata de meras cláusulas contractuales. Mientras

tado el concepto de contrato, que, de estar basado en el consentimiento, ha pasado a ser un mecanismo jurídico de incidencia sobre el circuito económico, más controlado por su *contenido* que por el proceso de su formación: ya no podrá decirse, a su juicio, que siempre el contrato es un consentimiento sobre una causa manifestado mediante una forma, siendo la causa síntesis del contenido, pues éste puede no ser producto del acuerdo de los dos contratantes (cfr. «El control de las condiciones generales de los contratos», en *La Ley*, 1989, II, pág. 1016; *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, 1990, pág. 130). En el mismo sentido propuso una interpretación marcadamente restrictiva del para él *peligroso* artículo 10.4.2 de la LCU reformado (ineficacia total del contrato), para los escasos supuestos en que su aplicación no sea lesiva para el adherente; en los demás casos, no ve más solución posible que la integración, por reconstrucción de la regla negocial, por medio del Derecho dispositivo (art. 1.258 del Código Civil) (cfr. *Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 343 y sigs.). También DIEZ-PICAZO se inclinó por la nulidad parcial sin excepciones (cfr. *Fundamentos...*, *ob. cit.*, I, pág. 358). En la nueva LCGC, recientemente aprobada, se da carta de naturaleza al artículo 1.258 del Código Civil como procedimiento integrador general en manos del Juez, declarando que tan «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá (el Juez) declarar la ineficacia del contrato» (nuevo art. 10 bis 2, *in fine*, LCU reformada).

(92) Con todo, esta ampliación del ámbito de aplicación es, en realidad, más bien minúscula, pues no parece posible imaginar muchos supuestos, en la práctica, en los que el empresario redacte anticipadamente un conjunto de cláusulas, y que lo haga con la vista puesta, exclusivamente, en un contrato concreto con un consumidor concreto o que piense utilizarlo exclusivamente en un contrato particular. Más bien su voluntad será, normalmente, como afirma ALFARO, la de utilizar el clausulado en una pluralidad de contratos, con lo que nos encontraremos ya dentro del ámbito propio de una ley de condiciones generales (cfr. *El Proyecto de Ley de condiciones generales*, *ob. cit.*, págs. 864-865).

las posiciones *normativistas*, como se ha puesto de relieve, ponen el acento en el *acto de predisposición* (como acto de establecimiento de la norma), las posiciones *contractualistas* subrayan el *acto de adhesión* (como acto de consentimiento que perfecciona el contrato) (93).

La crítica a las teorías normativistas, rigurosamente realizada por eximios civilistas, llegaba a la conclusión de que las condiciones generales o son contenidos contractuales o jurídicamente no son nada, esto es, las condiciones generales sólo pueden justificar su fuerza de obligar en tanto que sean entendidas como estricto contenido de cada concreto y particular contrato (94).

Esta posición dualista o maniquea ha ido quedando superada con el paso de los años merced, en buena medida, a las reformas legales generalizadas que se han acometido en los países de nuestro entorno jurídico. Así lo pone de manifiesto la más cualificada doctrina civilista, que ve el punto de inflexión de este cambio en aquel preciso momento en que el legislador ha optado por establecer la línea de protección de los consumidores y de los adherentes en toda una serie de cautelas y de censuras. Desde entonces puede considerarse que aquellas condiciones que cumplen los requisitos legales pasan a integrar el contrato y a formar parte de él por decisión de la ley. Y el hecho de tenerlas como fuente de integración del contrato justifica, al entender de esa misma doctrina, tanto una diversidad en las reglas de interpretación como el juicio sobre la validez o invalidez del *contenido* de las cláusulas abusivas, muy difícil de establecer en el caso hipotético de que se tratara de genuinas reglas acordadas (95).

(93) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 38. Puede verse una exposición crítica de las doctrinas normativistas y contractualistas dentro de esta monografía en las páginas 41 a 80. El profesor MIQUEL mantiene la opinión de que los planteamientos contractualistas clásicos deben rechazarse porque no dan cuenta de la realidad del fenómeno en cuestión, y encierran discursos legitimadores de las condiciones generales, que, además, pueden tener influencia perjudicial en las decisiones judiciales, si éstas se dejan llevar por el principio de la libertad contractual en ámbitos en los que no existe o sólo existe de modo muy matizado, y no sólo por la indudable confusión y corrupción que producen en la dogmática del contrato (cfr. «Reflexiones sobre condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, pág. 4943).

(94) Puede verse en Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1993, pág. 348.

(95) Por todos, este es el pensamiento del profesor Díez-PICAZO, que se inspira en la ley alemana. Esta postura, a su juicio, parece responder mejor al estado actual de nuestra legislación. Si bien GARCÍA AMIGO llegó a afirmar que el parágrafo 2.º de la ley alemana de 1977 («las condiciones generales de contratación pasan a formar parte integrante del contrato..») presupone la aceptación de la tesis contractualista —«Ley alemana occidental sobre condiciones generales», en *RDP*, 1978, pág. 387—, Díez-PICAZO le puntualiza que no es exactamente así, por cuanto que el hecho de considerarlas como fuente de integración del contrato excluye su genuino carácter de reglas acordadas o reglas directamente procedentes de la autonomía privada (cfr. *Fundamentos...*, *ob. cit.*, vol. I, 1993, págs. 347-349).

Aún más explícito es un sector de la *doctrina mercantilista* que habla sin ambages de un cambio importante de perspectiva, que obliga a replantear la cuestión misma del fundamento de la validez de las condiciones generales. Para éstos, en la actualidad, la pregunta capital y clave para acceder a una correcta comprensión de su naturaleza no debe ser, en ningún caso, por qué valen las condiciones generales en abstracto, sino por qué valen las condiciones generales conformes con la *buena fe* o con un *contenido equilibrado*. A su juicio, el error de las aproximaciones tradicionales ha sido, precisamente, el haber pretendido encontrar un fundamento para la validez de cualquier condición general indiscriminadamente, es decir, en haber hecho ese apoyo en elementos que, como la predisposición o la adhesión, son tan sólo relevantes para decidir cuándo estamos ante una condición general, pero que no lo son para decidir la cuestión de la validez, para lo cual, el legislador se debe remitir hoy en día, además de a la noción de condición general, al contenido equilibrado o abusivo de éstas (96).

Con todo lo anteriormente expuesto no es de extrañar que un destacado sector doctrinal entienda que cuando hablamos de la buena fe, dentro del ámbito de las cláusulas abusivas, nos estamos refiriendo a la buena fe como conjunto de criterios valorativos, que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual, y que no se trata de la buena fe como regla de integración del contrato (97). Sin embargo, frente a éstos, otros autores no tienen reparos en señalar que esta buena fe, de la que aquí discutimos, es una buena fe en sentido objetivo, tal como la configura el artículo 1.258 de nuestro Código Civil, solamente que llevada a un momento *anterior* al de los efectos del contrato, al de la perfección del mismo (98). Para otros, en fin, abundando en esta idea, la buena fe de

(96) Esta es la opinión de ALFARO, que coincide en este punto con Díez-PICAZO, quien mantiene que el juicio sobre la validez o invalidez de las cláusulas abusivas se va a realizar sobre el *contenido* de las mismas, o, lo que es lo mismo, sobre su conformidad o no con la buena fe (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 38-39).

(97) Así se expresa, por ejemplo, el profesor Díez-PICAZO para quien la buena fe, abundando en la idea ya reseñada, es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante; viene a ser, en definitiva, una aplicación de la regla general de la confianza (cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 1993, págs. 352-353).

(98) Esta es la opinión de la profesora DÍAZ ALABART que cita en apoyo de su postura a DUQUE DOMÍNGUEZ (cfr. «La protección de los derechos económicos y sociales en la LCU», en *Estudios de Consumo*, núm. 3, pág. 67); R. BERCOVITZ (cfr. *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pág. 198), y LÓPEZ SÁNCHEZ (cfr. «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», en *RGLJ*, núm. 4, 1987, pág. 643). Apostilla la propia DÍAZ ALABART que la noción de *justo equilibrio de contraprestaciones del artículo 101 c) de la LCU* —ahora reformado— es difícilmente separable en la práctica del concepto de la buena fe; para ella el *justo equilibrio de las contraprestaciones* implica la existencia de buena fe, y ésta difícilmente existirá si no hay

la que aquí se trata (99) vendría a significar un mandato a los jueces para que fiscalicen las condiciones generales comparándolas con el Derecho dispositivo sin que, en modo alguno, se olviden de efectuar una valoración, en su caso, de los intereses de ambas partes conforme al 1.258 del Código Civil (100).

Es muy interesante, por lo que puede tener de clarificadora esta última postura, que, aunque proveniente de un particular punto de vista de la doctrina mercantilista, debiera despejar, a mi juicio, toda una serie de recelos inmotivados por parte de algunos civilistas de gran autoridad y predicamento. Estos, si bien la mayoría de las veces, coinciden básicamente en afirmar las ventajas de los postulados generales que defienden un relevante sector de la doctrina mercantilista, en otros momentos parecen desconfiar por causa de lo que ellos entienden como de dudosa ortodoxia dogmática, dando incluso una opinión de la misma que tal vez no se ajusta exactamente a lo que en puridad se sostiene en la literalidad de los textos censurados (101).

un equilibrio contractual justo En esta expresión es, a su juicio, donde se pone el acento del requisito diferenciador de una condición abusiva de otra que no lo es, y la razón estriba, probablemente, en que la buena fe es un concepto más abstracto que el justo equilibrio. Esta idea aparecía ya reflejada en el artículo 3.1 de la Directiva de 5 de abril de 1993, y ha sido traspuesta en la recién reformada LCU, en la que se habla de «justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes» y «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» [arts. 10.1.c) y 10 bis 1 LCU reformada]. En cualquier caso, cabe entender que este *equilibrio de prestaciones*, puesto que la idea de lo justo es inherente a todo precepto legal, es una derivación necesaria del principio de la buena fe tal como lo estamos viendo y explicando, lo que permitirá, a su vez, interpretar el susodicho justo equilibrio de prestaciones —tal como hace DÍAZ ALABART siguiendo a R. BERCOVITZ— en un sentido más amplio que el que deriva de su tenor literal, esto es, permitirá entenderlo como un *justo equilibrio contractual*, y no únicamente como un mero equilibrio de las prestaciones objeto del contrato. En consecuencia, para averiguar si una cláusula es o no abusiva, generalmente, será necesario examinar no sólo esa condición sino el *contrato en su conjunto*, que es, precisamente, lo que nos dará la idea de si se ha respetado o no ese equilibrio necesario (cfr. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 252–254).

(99) La referida en el antiguo artículo 10.1.c) de la LCU, y ahora en los artículos 10.1.c) y 10 bis 1 de la LCU reformada.

(100) Esta es la postura de ALFARO para quien, como fruto de esta comparación, el Derecho que resultaría aplicable vendría dado por las normas del Derecho dispositivo, y, a falta de éste o en el caso de que el mismo no se adaptara al contrato efectivamente celebrado, por una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes, como se deduce del artículo 1.258 del Código Civil (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 82; *El proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación*, ob. cit., 1997, pág. 872). Ya DÍEZ-PICAZO venía señalando desde hacía tiempo, a propósito del control de fondo de las condiciones generales de la contratación, que el Derecho legal dispositivo, en materia contractual, ofrece el mejor modelo de la justa composición de los intereses en conflicto entre las partes contratantes (cfr. *Fundamentos...*, ob. cit., vol. I, 1993, pág. 352).

(101) Me refiero, por poner un ejemplo bien reciente, a uno de los comentarios vertidos por el profesor DÍEZ-PICAZO sobre las posiciones de ALFARO sobre este particular,

b) TEORÍA SINTETIZADORA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL (102)

Así, llegados a este punto, creo conveniente pasar a sintetizar las líneas más sobresalientes de esta postura con la intención crítica de aunar posiciones o puntos de vista. El primer acierto de esta posición por la que venimos abogando consiste, a mi juicio, en subrayar la importancia de la interpretación de lo que se denomina *pieza central* (103) del control del contenido, la llamada *cláusula general de buena fe*, con el convencimiento de que el sentido que pueda darse a esta cláusula será fundamental para la concepción del Derecho de las condiciones generales, por cuanto que de la misma dependerá el reconocimiento de la validez o la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas (104). En este sentido, parece bien claro que puede afirmarse que *la doctrina contractualista* de la validez de las condiciones generales ha llevado a una incorrecta comprensión de las mismas. En efecto, ésta viene entendiendo la buena fe como una función de prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (teoría del abuso de la libertad contractual del 1.255 del Código Civil) en lugar de entenderla, como sería deseable, como una función de integración tal como aparece recogida en el artículo 1.258 del Código Civil, sede del desarrollo judicial del Derecho (105). Es decir, se contraponen la

donde se llega a afirmar de éste que su «línea de pensamiento continúa otorgando a los empresarios una cierta dosis de poder normativo que es *inconciliable* con el sistema de fuentes del Derecho y con el Estado democrático» (cfr. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 1996, pág. 30).

(102) Aunque no he mencionado, en algunas ocasiones, al artículo 57 del Código de Comercio, conviene hacer la advertencia, tal vez innecesaria, que inevitablemente el 1.258 del Código Civil va unido al mismo 57 del Código de Comercio.

(103) *Pieza central*, esto es, que se está reconociendo implícitamente también, como no podía ser de otra manera, la existencia de otros *criterios accesorios de abusividad* como hemos mencionado en otro lugar (cfr. nota 32), si bien hay que acabar reconociendo que el origen último de todo abuso es la vulneración del principio de buena fe. Así, puede confrontarse la opinión de BUESO GUILLÉN, quien habla de dos componentes acumulativos a la hora de determinar el concepto de abusividad (material y formal), y en el que el examen del carácter abusivo *formal* (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, transparencia, claridad, comprensibilidad) debe preceder al examen de tipo *material* (art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE), ya que, a su juicio, una cláusula formalmente correcta puede ser materialmente abusiva, es decir, es posible encontrar una cláusula «transparentemente abusiva». En cualquier caso, parte este autor de la premisa que ambas formas de abuso encuentran su origen en una vulneración del principio de la buena fe (cfr. «Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1995, págs. 657 y sigs.).

(104) Así lo entiende, por ejemplo, ALFARO después de constatar que la doctrina contractualista tiene un apoyo legal muy endeble, lo que tendrá, a su juicio, efectos perturbadores importantes en la comprensión de su régimen jurídico (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, págs. 52-80 y 93).

(105) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 94-95.

buena fe *como límite de la libertad contractual del 1.255 del Código Civil* y la buena fe *como fuente de integración del 1.258 del Código Civil* (106). Con todo, a lo que se llega es que las propias condiciones generales no pueden crear Derecho en el sentido que lo puede crear la autonomía privada o el legislador, es decir, su eficacia no es constitutiva sino meramente *declarativa*; su carácter vinculante para el adherente es consecuencia de su *contenido*, de tal manera que se llega a concluir que serán vinculantes aquellas condiciones generales que incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho (ley, costumbre y principios generales del Derecho) (107).

Vistas así las cosas, las condiciones generales, según este sector de la doctrina mercantilista, no crean la regla contractual, sino que tan sólo *concretan, desarrollan o explicitan* las normas que serían de aplicación por medio de la integración del contrato, es decir, la buena fe, el uso y la ley (art. 1.258 del Código Civil). De esta manera puede sostenerse que parece acertada la visión de los que, desde esta misma perspectiva jurídica, piensan que está claramente superada la opinión de aquellos otros autores que consideraban el control de las condiciones generales como un ataque a la libertad contractual, porque, en este supuesto sólo se estaría atendiendo a la libertad del predisponente, sin reparar en la exclusión de la libertad de configuración contractual de la otra parte que se produce en los contratos con condiciones generales (108).

Otro sector de la doctrina civilista más reciente que al pronunciarse sobre este asunto parece enjuiciar lo más arriba expuesto con cierto distanciamiento y con manifiesta cautela, por cuanto que tal planteamiento, a su juicio, equivale a decir que se puede reconocer a los empresarios la función de *destilar*

(106) Este cambio aparece recogido por la doctrina alemana más reciente, a modo de un encargo del legislador hecho a los tribunales para que desarrollen el Derecho de los contratos (cfr. ALFARO, *Las condiciones...*, *ob. cit.*, pág. 100). Así, por ejemplo, P. ULMER, «Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC* (1988), pág. 775; H. E. BRANDNER, *Die Rechtsprechung der BGH—Senate zum AGB—Gesetz, Zehn Jahre*, pág. 48; K. TONNER, *Die Entwicklung des Reisevertragsrechts durch Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verbandsverhandlungen*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 189 (1989), págs. 112–157; H. ROTH, *Zur Gerichtlichen Inhaltskontrolle von Finanzierungs—Leasingverträgen*, AcP, 190 (1990), pág. 294.

(107) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 101 y sigs. Esta propuesta de asignar eficacia declarativa a las condiciones generales no está exenta de serias objeciones, pero a juicio del mismo Alfaro, ninguna de ellas puede resultar definitiva (cfr., *ob. cit.* anterior, págs. 105–107).

(108) En este sentido, y sumándose al punto de vista de ese sector de la doctrina mercantil, está la reciente toma de posición de MIGUEL GONZÁLEZ, para quien otorgar la misma consideración a la regla contractual dispositiva o verdaderamente acordada que a la predispuesta por una sola de las partes, es lo que verdaderamente *corrompe* el significado de la libertad contractual (cfr. «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos*, *ob. cit.*, pág. 4947).

para el concreto contrato las reglas de la buena fe contractual a que las normas de integración se refieren; o, dicho también con otras de sus propias palabras, sería algo así —afirman— como una especie de concreción para el caso concreto de ese género de buena fe. Sin embargo, los mismos que afirman esto a la vez reconocen, a renglón seguido y sin empacho alguno, que esa idea de la que recelan (y que piensan sin ambages que no puede desterrarse sin más) tiene la ventaja de proscribir, como reglas contractuales, aquellas disposiciones o pretensiones empresariales que no se acomodan a la buena fe. De ahí que aunque hayamos afirmado más arriba, ciertamente, que estos autores —civilistas— parece que se distancian y que crean suspicacias respecto a aquel otro sector de la doctrina mercantil, sin embargo, implícitamente, parecen estar reconociendo las ventajas de aquellos postulados doctrinales que miran con desconfianza. A lo que parece les cuesta aceptar sus postulados por un prurito de carácter doctrinal, pero da la impresión que de un modo u otro lo acaban reconociendo. No en vano, como reconocen ahora estos civilistas expresamente, son los empresarios los conocedores de los entresijos y problemas que los contratos pueden plantear y quienes están en condiciones de asegurar la equidad contractual (109).

Desde otro punto de vista mucho más complaciente con esa postura crítica a la fundamentación contractualista, la cual, como hemos reseñado más arriba, asigna también carácter declarativo a las condiciones generales, algunos civilistas sostienen ahora sin ambages que esta idea les parece *muy favorable* para la protección de los consumidores y adherentes y se ajusta mejor a la realidad, aunque choque con las ideas contractualistas clásicas dominantes entre los juristas (110). Al mismo tiempo hacen una matización importante por cuanto que, a

(109) Por todos, Díez-PICAZO, de quien puede deducirse ese cierto distanciamiento doctrinal cuando afirma que ALFARO «*ha creído posible sostener* que las condiciones generales integran el contrato en la medida en que concretan, en el caso concreto, los dictados de la buena fe». Este juicio del profesor Díez-PICAZO parece aún más claro cuando, a renglón seguido, sostiene que «esta línea de pensamiento continúa otorgando a los empresarios una cierta dosis de poder normativo que es *inconciliable* con el sistema de fuentes del Derecho y con el Estado democrático» (cfr. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 1996, pág. 30). Esta opinión, tal vez, no se ajusta exactamente al pensamiento de ALFARO, si se tiene en cuenta que la pretensión de éste no parece ser otra que la de demostrar la coherencia de su propuesta doctrinal ya conocida con el ordenamiento jurídico, propuesta que no necesita «*corromper*» en ningún caso, a su entender, el contrato ni alterar el sistema de fuentes establecido. Serán vinculantes, dice ALFARO, aquellas condiciones generales que incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma *de acuerdo* con las fuentes ordinarias del Derecho (ley, costumbre y principios generales del Derecho); la adhesión, a su juicio, no constituye consentimiento sino, simplemente y de acuerdo con la significación objetiva que cabe atribuirle a la luz de la ley y la buena fe, autorización para formalizar reglas y principios legales (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 101-103).

(110) Por todos, puede verse la opinión de MIGUEL GONZÁLEZ, que parece seguir las ideas de ALFARO en esta materia, cuando sostiene que la explicación de este autor tiene

su juicio, lo que debe subrayarse, no es tanto que las condiciones no vinculen por sí mismas, en el sentido de ser sólo *declarativas* de las fuentes de integración contractual del artículo 1.258 del Código Civil, sino el hecho de que estas fuentes vincularán en la medida en que establezcan una regla contractual que sea conforme con aquellas fuentes, y, en particular, con la buena fe. Como puede deducirse fácilmente esta buena fe va a ser, a todas luces, determinante, ya que, en ningún caso, las condiciones generales podrán establecer una reglamentación que pueda juzgarse contraria a la misma (111). Con todo lo afirmado hasta el momento, y a modo de conclusión, se puede constatar también el expreso reconocimiento doctrinal, por parte de este sector de la doctrina civilista, de que la *clave de bóveda* de todo el Derecho de las condiciones generales vendrá dado por el sentido que se dé a la *cláusula general de la buena fe*, siendo ésta perfectamente conciliable con el sistema de fuentes del Derecho (112).

Según la corriente más reciente, y tal vez aglutinadora de los distintos intereses en conflicto, se trata, en suma, no ya sólo de ofrecer una postura más o menos matizada de la tesis contractualista de las condiciones generales, sino de excluir la lógica contractualista clásica para reemplazarla por una *nueva imagen del contrato* en la que el derecho dispositivo es sustituido por una sola de las partes y, por ende, sometida a un control de *contenido* de

la ventaja de no corromper la dogmática del contrato y evita, además, legitimar soluciones apoyadas en la libertad de configuración de la regla contractual cuando realmente no ha podido ser ejercida; esa opinión de Alfaro significa también, según Miquel, que las condiciones generales no vinculan por sí mismas, sino por su conformidad con las fuentes de integración del contrato (buena fe, uso y ley dispositiva) (cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Méndez*, tomo IV, 1996, págs. 4950 y 4951).

(111) Así se expresa el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, para quien la buena fe exige que la confianza del adherente en una reglamentación justa y equilibrada no sea defraudada; la adhesión debe ser interpretada conforme a la buena fe, y, en consecuencia, no podrá considerarse como aceptación de cualquier contenido contractual ni como licencia para que el predisponente establezca una regla desequilibrada a su favor (cfr., *ob. cit.*, anterior, pág. 4951).

(112) Este es el planteamiento de cierto sector de la doctrina civilista y que venimos personificando en la persona del profesor MIQUEL, en consonancia con el propio ALFARO. Este último viene manteniendo que el fundamento de la validez de las condiciones generales se encuentra en las fuentes ordinarias del Derecho, incluida la función complementadora de la jurisprudencia (art. 1.6 del Código Civil), y que se lleva a cabo, en la mayor parte de los casos, a través de la aplicación del 1.258 del Código Civil como sede de las fuentes de integración contractual. Con esto, no quiere decirse que las condiciones generales sean fuente de integración del contrato *per se*, sino que su contenido ha de venir formado por las normas que constituyen las fuentes de integración del contrato. Entre otras razones de interés conviene destacar que esta propuesta le llevará a Alfaro a declarar ineficaces, precisamente, aquellas condiciones generales cuya fuente exclusiva de validez pretenda descansar en la adhesión del cliente, mientras que declarará válidas aquellas otras cuya fuente de validez descansen en las normas legales, consuetudinarias o derivadas de la buena fe (cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 104-105).

validez diferente al que se somete a los demás contratos. Con todo esto lo que se pretende es destacar, singularmente, la tarea trascendental que deben pasar a tener los Jueces y Tribunales al utilizar el principio de buena fe en el control del Derecho dispositivo de los contratos, no quedando éste abandonado nunca al arbitrio de los empresarios (113).

Este control de las condiciones generales abusivas se traduce a la postre en un *control judicial del contenido* que no existe en otros contratos, y el intérprete debe proceder teniendo en cuenta el régimen que sería aplicable al contrato sin aquella condición general abusiva. Esa búsqueda de la regla aplicable al contrato exigirá la aplicación de los *criterios de integración* del mismo conforme al artículo 1.258 del Código Civil, tal y como hemos explicado (114). Y los que sustentan este criterio están de acuerdo en que el régimen sustitutivo de esas condiciones generales ineficaces vendrá determinado, en primer lugar, por el Derecho dispositivo (115), y, en caso de no existir éste, lo será por los usos y por la buena fe, la cual, comporta, utilizando las propias palabras de quienes lo formulan, *una valoración equilibrada de los intereses de las partes* contratantes (116).

(113) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *Reflexiones sobre las condiciones generales*, ob. cit., pág. 4952. En igual sentido, ALFARO ya había escrito que en la hipótesis de que las partes no hallan regulado detalladamente sus relaciones y se hubieran limitado a reflejar los elementos esenciales del contrato (art. 1.261 del Código Civil), el juez habrá de recurrir al 1.258 del Código Civil: acudirá al Derecho dispositivo, y, en caso de inexistencia o inadaptación de éste, a los usos o a una valoración equilibrada de los intereses de las partes (buena fe) para determinar el régimen jurídico aplicable (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, pág. 104).

(114) Esta es la opinión de ALFARO recogida y seguida por MIQUEL en sus *Reflexiones sobre las condiciones generales*, ob. cit., pág. 4954. Para Alfaro esta propuesta de interpretación y aplicación de la cláusula general de buena fe, recogida en el artículo 10.1.c) LCU [ahora reformado, aunque se mantiene en los nuevos arts. 10.1.c) y 10 bis 1 LCU], explica de forma coherente el régimen jurídico al que se hallan sometidas las condiciones abusivas (cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 107).

(115) Se entiende por *Derecho dispositivo* la regulación legal del contrato, las normas generales sobre obligaciones y contratos y su posterior desarrollo jurisprudencial. No se incluyen aquí, a juicio de ALFARO, las reglas formales de interpretación en cuanto que no tienen una función integradora; sin embargo, a su entender, este Derecho dispositivo sí podrá ser complementado con la llamada *interpretación integradora del contrato* bajo ciertas condiciones o presupuestos doctrinales, y que él justifica por el respeto a la autonomía privada, y que tendrá su apoyo en los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio (cfr. *Las condiciones generales*, ob. cit., págs. 361 y sigs., 374 y sigs.; 478-480). Por otra parte es oportuno recordar aquí que, el Derecho legal dispositivo en materia contractual, en palabras de Díez-PICAZO, ofrece el mejor modelo de la más justa composición de intereses en conflicto entre las partes contratantes, de manera que cualquier desviación requiere una especial regla de justificación a riesgo de determinar su carácter no equitativo (cfr. *Fundamentos*, ob. cit., I, 1993, pág. 352).

(116) Por todos, puede verse ALFARO (cfr. *Las condiciones*, ob. cit., págs. 442 y sigs. y 481), que es compartida por MIQUEL, quien no deja de recordar que la buena

Dentro de las tendencias apuntadas más arriba se entiende muy bien la posición de aquellos que piensan que habría que ampliar la vía hacia el reconocimiento legislativo de una *facultad de revisión o de modificación judicial de los contratos*, para así lograr el reajuste y compensar el desequilibrio de las prestaciones (117). A pesar de la fisura que tal propuesta pudiera desencadenar dentro de los principios contractuales tradicionales (por ejemplo, autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria del contrato, etc.), así como de los peligros y reticencias que pudiera llevar aparejada tal ampliación, es muy razonable pensar que los nuevos problemas en esta materia exigen nuevas soluciones al respecto. Y siguiendo este razonamiento se concluye que, al estar fundamentadas estas soluciones precisamente en el principio de buena fe, no deberían existir dificultades, de *lege ferenda*, para admitir legislativamente que los Jueces y Tribunales procedieran a realizar un *reajuste del contrato* y lograr así la efectividad de aquella buena fe y justo equilibrio de prestaciones (118).

fe en cuanto que principio general, como hemos tenido ocasión de apuntar antes, debe servir también para interpretar las normas dispositivas y el uso: no desempeña sólo una función supletoria, sino también informadora del ordenamiento jurídico y, el artículo 7.1 del Código Civil es una autorización positiva para encontrar soluciones conforme a ella, más allá de su función integradora del contrato (cfr. *Reflexiones...*, *ob. cit.*, pág. 4954). Entiende, además, ALFARO, que esta concepción de la buena fe es congruente con la regla general, esto es, con la aplicación del Derecho dispositivo en cuanto que admitido que éste se basa en una valoración equilibrada de los intereses de las partes, la labor del juez integrando el contrato, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, se está remitiendo a los mismos criterios que están en la base del Derecho dispositivo (cfr. *Las condiciones*, *ob. cit.*, pág. 442).

(117) Así se expresa con claridad la profesora GÓMEZ LAPLAZA, para quien la protección del consumidor no aconseja el recurso a la nulidad del contrato sino conservarlo adaptado a las exigencias de justicia y equidad, lo cual no siempre será posible sin el recurso a esa facultad judicial, lo que hace aconsejable esa ampliación de su reconocimiento legislativo (cfr. *Reforma del Derecho Privado y protección de los consumidores, Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores*, 1994, pág. 70). Tal vez, parte de esta vía de ampliación pueda reconducirse a través del nuevo artículo 10 bis 2 LCU, cuando después de reconocer la tarea integradora en este campo del 1.258 del Código Civil, se añade que «el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas (abusivas) integrará el contrato y dispondrá de *facultades moderadoras* respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario».

(118) Cfr. GÓMEZ LAPLAZA, *Reforma del Derecho Privado y protección de los consumidores, Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores*, 1994, pág. 70. Esta profesora reconoce que la *tarea de recomposición* del contrato es la que ofrece mayores dificultades prácticas. Para ella, tras la interpretación o la interpretación integradora, vendrá propiamente la integración, aunque son conocidas las dificultades de distinción, en el plano práctico, entre ambas figuras. La auténtica tarea integradora consiste, a su juicio, en completar el contenido preceptivo del negocio para que pueda desenvolver su finalidad. De esta manera parece que, en primer lugar, habrá de acudir a la normativa existente, teniendo en cuenta que las normas dispositivas suponen, como señaló De Castro, la regulación normal; sin embargo, añade, es posible que esas normas

Una mejora sustancial en este sentido acontece con la reciente reforma de la LCU, donde se habla expresamente de la *función integradora* de los jueces a través del artículo 1.278 del Código Civil. Así, en el mismo artículo 10 bis. 2 de la LCU reformada, se sostiene que «el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas (abusivas) integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario». Si bien, en un principio, esa facultad moderadora no parece que deje de ser una traslación a este ámbito de la moderación de la culpa del 1.103 del Código Civil, conviene tener en cuenta que la moderación judicial de la responsabilidad, a la que se refiere este artículo, ha de fundarse o descansar en la *valoración del elemento subjetivo de la buena fe* (119). En cualquier caso, con la nueva redacción del artículo 10 se perfecciona la LCU en la dirección que ya había sido apuntada y aconsejada por algún sector doctrinal, reconociendo explícitamente la tarea integradora del Juez que reconstruye la regla negocial en un momento dado (120).

Ahora, con la reforma de la LCU, se mantiene la nulidad total del contrato aunque tan sólo con carácter *facultativo*, al permitir que el Juez *pueda* declarar la ineficacia del contrato «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada» (art. 10 bis 2 *in fine* LCU reformada). En todo caso esta disposición, aunque ha sido corregida, puede considerarse que sigue sin responder plenamente al fin de protección del consumidor, ya que la importancia de la nulidad parcial reside precisamente en mantener la eficacia del contrato, pero

no existan o que sean insuficientes, si es así, concluye GÓMEZ LAPLAZA, también aquí la buena fe va a jugar un *papel decisivo*, no ya como criterio de interpretación sino como *elemento de integración* (ob. cit., págs. 64 y 65)

(119) Cfr. BADOSA COLL, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, tomo II, pág. 40.

(120) Así se expresaba CLAVERÍA GOSÁLBEZ, quien hablaba, al referirse al derogado artículo 10.4.2 LCU, como de un *peligroso* párrafo que podía tener como consecuencia, o bien que el adherente podría verse obligado a escoger entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación por temor a perder el producto o servicio que desea, o bien soportar la nulidad total con la pérdida del bien o servicio que necesitaba. Para evitar esto, Clavería sólo consideraba aplicable el antiguo 10.4.2 de la LCU cuando la ineficacia total no fuera lesiva para el adherente, lo que reconoce que sucederá en incontables ocasiones, en los demás casos, no veía más solución posible que la *reconstrucción de la regla negocial*, utilizando para ello el Derecho dispositivo de los Códigos (cfr. *Comentarios a la Ley de Consumidores y Usuarios*, 1990, págs. 342-344). En el mismo sentido ya se había pronunciado con claridad R. BERCOVITZ unos años antes (cfr. «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, págs. 202-203).

descargando al consumidor de cualesquiera otras consecuencias negativas (121).

c) OTRAS PAUTAS COMPLEMENTARIAS EN EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Se ha venido sosteniendo la necesidad de un fortalecimiento y extensión del control judicial, haciéndose hincapié en que la eficacia del mismo depende en gran medida de la calidad técnica de los instrumentos normativos puestos al servicio del juez por el legislador. Asimismo, se ha insistido en la necesidad de introducir reformas procesales para potenciar la eficacia de ese control judicial. En este sentido, en primer lugar, se ha aceptado pacíficamente que debe ampliarse la legitimación activa contra las cláusulas abusivas, tal como se ha hecho en la nueva LCGC (122); y, en segundo lugar, se viene demandando la necesidad de ampliar los efectos de la sentencia recaída sobre cláusulas abusivas haciéndola extensiva *ultra partes*.

La Directiva 93/13/CEE encomendó a los Estados la instauración de un sistema de control que permita eliminar las condiciones contractuales declaradas abusivas por los Tribunales, no sólo entre las partes en conflicto, sino

(121) En este sentido se pronunciaba ya R. BERCOVITZ, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pág. 202. A propósito del derogado artículo 10.4.2 de la LCU, éste comentaba que el objetivo de la conservación del contrato debería prevalecer en cualquier caso, arbitrando para ello, si es preciso, la posibilidad de completar el contrato con nuevas cláusulas sustitutorias de las ineficaces, cuando el resultado de la mera nulidad parcial fuera excesivamente oneroso para el empresario.

(122) *Acción colectiva* que tendría su apoyo legal, primero, en el artículo 7.3 de la LOPJ, a cuyo tenor para la defensa de los intereses de carácter colectivo «se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa o promoción». Y ahora, en segundo lugar, en el artículo 16 de la nueva LCGC, donde han tenido entrada en la última fase de su tramitación parlamentaria tanto los *Colegios Profesionales legalmente constituidos* (en cuanto que ostentan en todo caso, según los enmendantes, la defensa de los derechos con carácter general) como el propio *Ministerio Fiscal* (en cuanto que dentro de los términos del artículo 124 de la CE, según los enmendantes, le corresponde también a éste la defensa de los intereses generales), además de los que ya ostentaban la legitimación activa desde el inicio porque ya figuraban en el Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 1997, a saber, las Asociaciones o Corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que tuvieran encomendada estatutariamente la defensa de los intereses de sus miembros, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, y el Instituto Nacional del Consumo y órganos asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores (cfr. Enmienda núm. 92, Grupo Parlamentario Catalán-CIU, *BOCG*, Congreso de los Diputados, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 44)

también en el resto de relaciones negociales en que la parte condenada hubiera empleado tales cláusulas. En suma, se pretende instaurar un sistema que permita superar los efectos de la sentencia respecto del caso juzgado, extendiéndolos *ultra partes* (123). Para lograr esto, la vía propuesta pasa por tratar de sustituir los *intereses individuales* del predisponente y del adherente por el *interés colectivo* surgido de su condición de empresario y consumidor, respectivamente, produciéndose así una aparente *identidad de personas*, lo que permitirá invocar la institución de la *cosa juzgada* como fundamento de esta especial extensión de los efectos de la sentencia (124).

La extensión *ultra partes* de la sentencia no parte, en cualquier caso, de una actuación *ex officio* de la Administración, propiciada por la promulgación de una sentencia, y tendente a tutelar su general aplicación, como sucede en el artículo 3.3.º de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). Cabe decir, a este respecto, que la solución del artículo 3.3.º de la LCS no es ampliable a cualquier supuesto (125), y es que si bien el protagonismo de la Administración en esta tarea de control puede ser justificable en actividades de indudable trascendencia económica, como pueden ser los sectores de la Banca y del seguro, sin embargo, no parece que lo sea, sin embargo, en aquellos otros sectores en los que la contratación en serie se acomoda al estricto marco de la libre competencia dentro de una economía de mercado. De esta manera la solución más acertada, de nuevo, parece que vendría por explotar al máximo las posibilidades de control que puedan y sepan ofrecer los jueces dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Después de lo dicho parece más bien que es la expresa intención del interesado, manifestada a través de su alegación para que le concierna la

(123) La Ley alemana de CGC parece rigurosa en este sentido ya que otorga, por un lado, carácter inhibitorio a la resolución judicial, prohibiendo al empresario vencido en juicio la utilización de las cláusulas abusivas, y, por otro lado, sanciona la extensión *ultra partes* de los efectos de la sentencia a los adherentes afectados por la misma cláusula que se acogan a los efectos de cesación o eliminación frente al empresario condenado (parágrafo 21, AGB Gesetz) (cfr. POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, pág. 71).

(124) En el sistema alemán la eficacia de la sentencia frente a cualquier cliente deriva de una legitimación colectiva *por sustitución* que establece su ley, y que ha de ser alegada por el interesado, y, en este sentido, recuerda el régimen de apreciación de la cosa juzgada. La Ley española (refiriéndose al art. 3.3.º de la LCS), a juicio de SÁNCHEZ ANDRÉS, o afecta en absoluto a los tradicionales límites subjetivos de dicha cosa juzgada, entre otras razones porque no contempla los efectos de la sentencia como una *declaración*, sino como un *hecho* que sirve de presupuesto normativo para extraer luego una consecuencia jurídica: «la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas», dice el artículo 3.3.º LCS (cfr. «El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 157-158, 1980, nota 21, pág. 417).

(125) Cfr. A. EMPARANZA, «La Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 493.

sentencia dictada en un litigio (en que no ha participado pero en el que ostenta intereses coincidentes con los reclamantes), la que constituye la razón fundamental de que le sean extensibles los efectos de dicha sentencia. En suma, parece aconsejable ampliar los efectos de la sentencia exclusivamente a la parte condenada judicialmente, sin que pudieran afectar a otras empresas que empleen efectivamente las cláusulas abusivas, salvo que se hubiere optado por plantear la demanda *conjuntamente* contra los empresarios que utilicen las mismas cláusulas, tal y como se previene en la nueva LCGC en su artículo 17.4 (126).

En cualquier caso, si se hablara de propagar los efectos de la sentencia más allá del sujeto condenado por la misma, podríamos encontrarnos con que se estaría vulnerando el artículo 24 de la CE, por cuanto que se privaría de la tutela judicial efectiva al resto de empresarios predisponentes perjudicados por este pronunciamiento judicial (127). Como se ha apuntado con esta solución, de lo que se trata es de ampliar los poderes del Juez mediante el recurso a criterios objetivos basados en principios generales (buena fe, buenas costumbres, orden público...), que le permitan un control directo sobre el contenido de las cláusulas (*corrección judicial del contrato*), sin atender a la declaración de quién la propone (clara u oscura, completa o incompleta) ni a la voluntad de quién se adhiere (conocedora o ignorante, consciente o equivocada) (128).

(126) Cfr. A. EMPARANZA, *ob cit.*, págs. 500-501. Esta posibilidad aparecía ya contemplada en el artículo 7.3 de la Directiva de 5 abril de 1993 y, después, en el artículo 13.3 del Anteproyecto de Ley de CGC, de 20 de enero de 1997, y más recientemente en el artículo 16.4 del Proyecto de Ley de CGC de 5 de septiembre de 1997, en el que se determinaba que las acciones de cesación, de retractación y declarativa «podrán dirigirse *conjuntamente* contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus Asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas», y que corresponde en su integridad con el texto definitivamente aprobado en el Pleno del Congreso el pasado 26 de marzo, y que aparece en el artículo 17.4 de la nueva Ley 7/1998 de CGC, de 13 de abril.

(127) En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, pág. 357.

(128) A este fin, sostiene POLO que, o bien se desplaza el acento desde el contenido de la cláusula (ilícito) al modo de imponerla (ilícito, por monopolístico), o bien se sustituye el interés individual (de proponente y adherente) por el interés de la categoría o grupo (de los empresarios y de los consumidores o usuarios), o, en último término, se atiende a otros principios o criterios generales, ya empleados por el legislador en otras ocasiones, tales como la utilidad social o la equidad (cfr. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, págs. 74-75). A juicio de ALFARO la resistencia de los Tribunales a utilizar estos principios, por inercia o por comodidad, ha llevado a la paradoja de que sean los tradicionales mecanismos de interpretación de los contratos los que se utilicen muchas veces en la jurisprudencia como instrumento de control del contenido de las cláusulas generales en beneficio del contratante débil, realizándose así, a través de reglas interpretativas de carácter subjetivo, una verdadera *corrección judicial del contrato*. Este recurso a las normas de interpretación para rectificar el

d) BREVE CONSIDERACIÓN PARTICULAR SOBRE EL ARTÍCULO 3.3.º
DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO

Nos interesa destacar, siquiera de modo sucinto, la singular forma de potenciar la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales que supuso históricamente el artículo 3.3.º LCS, extendiendo la eficacia de la sentencia más allá del proceso en que fue dictada. Esta singularidad descansa, precisamente, en el mecanismo de superación de los efectos de la sentencia que declara la nulidad de una cláusula, transformando así lo que era un control individual y *a posteriori* de las condiciones generales del contrato en un *control general y permanente* sobre el poder normativo de la empresa.

Con todo, lo que se ha venido destacando por la doctrina mercantilista al comentar este artículo 3.3.º de la LCS es la eficacia con que trata de dotarse al control judicial sobre las condiciones generales y de la que se carecía hasta entonces, reconociendo, asimismo, la insustituible tarea del juez y la primacía del control judicial sobre los restantes medios de control de las condiciones generales al dotarle de un instrumento efectivo: la eficacia *ultra partes* de la resolución judicial de nulidad (129). Es más, se piensa también que esa extensión de la eficacia del control judicial, a través de la función de vigilancia de la Administración, podría ayudar a contribuir a desterrar las viejas sospechas sobre posibles arbitrariedades de la misma en el ejercicio de su función de control, racionalizándose éste.

Esta modalidad del control judicial en el campo de las condiciones generales del seguro ha supuesto una auténtica novedad dentro del ordenamiento jurídico español, al desvincular el control de las condiciones el supuesto

contenido de un contrato conduce, según el mismo ALFARO, tanto a una desvirtuación y degradación de la función de tales reglas como a un aumento preocupante de la inseguridad jurídica (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 291).

(129) Por todos, puede verse en POLO, *Comentarios a la Ley del Contrato del Seguro, Extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro*, 1982, págs. 223-238, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, págs. 83, 86 y sigs. Para la doctrina convenía dejar bien sentado, frente a las críticas vertidas en el momento de la promulgación de la LCS, que la sentencia no desempeñaba otro papel, dentro del artículo 3.3.º de la LCS, que el de un simple *motor* encargado de poner en marcha el control administrativo sobre las cláusulas idénticas, de tal manera que la obligada modificación de las mismas no constituye un *efecto directo* de la sentencia de nulidad, sino una consecuencia del cumplimiento de una orden de la Administración, cuyo *presupuesto* lo constituye precisamente la declaración judicial y su fundamento el propio mandato legal. Se pretende así, con este razonamiento, superar las serias objeciones que veían que este artículo 3.3.º de la LCS podía suponer una alteración del sistema de fuentes de nuestro Derecho, o bien las que lo veían como una excepción a los límites subjetivos de la cosa juzgada, o las críticas de aquellos otros que hablaban de la posible inconstitucionalidad de la norma por extender la eficacia de la sentencia a quienes no fueron parte ni oídos en el juicio que dio origen a la declaración de nulidad de la cláusula.

contemplado específicamente en la sentencia judicial. Merced al artículo 3.3.º de la LCS se superan los efectos relativos de toda sentencia, trasladando la doctrina que siente el Tribunal Supremo a todas las cláusulas idénticas contenidas en las pólizas de los contratos de seguro. La interpretación que entiende que esta norma lo único que hace es anudar a un *supuesto de hecho*, en este caso una determinada sentencia del Tribunal Supremo, una precisa consecuencia jurídica para la Administración pública competente, esto es, la obligación de imponer a los aseguradores la modificación de las cláusulas idénticas de sus pólizas (130), parece haberse generalizado, abonándose la idea de que se debe abandonar todo recelo sobre la posible inconstitucionalidad de la norma, formulado al tiempo de promulgación de la LCS (131).

En cuanto al alcance y eficacia del artículo 3.3.º de la LCS, se viene entendiendo que el deber de actuación de la Administración pública, en esta tarea de control de las cláusulas de las condiciones generales del contrato, nace con la mera existencia de una única sentencia del Tribunal Supremo, siendo suficiente con una declaración de nulidad contenida en la motivación, o premisas, de la resolución por la parte que deniegue o admita el recurso de casación, no siendo necesario que se declare la nulidad de la cláusula en la

(130) Cfr. A. MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Preliminar*, 1982, pág. 131 y sigs; POLO, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, La extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro*, pág. 233. Para el profesor A. MENÉNDEZ la especialidad o singularidad de esta norma tan criticada no es tan grande como pudiera parecer, ya que, a su juicio, en última instancia no se trata más que una manifestación, siquiera sea muy peculiar, de un fenómeno bien conocido por la doctrina procesalista, cuando se habla de los «efectos colaterales de la sentencia». A su entender, con este mecanismo de actuación del artículo 3.3.º LCS no se ha pretendido, quizá, más que descargar a la Administración de una labor siempre difícil y comprometida, y cada día más compleja, y, por otro lado, estimular o excitar legalmente su actividad de vigilancia o control ante determinadas condiciones o cláusulas que se han reputado, en principio y en forma muy autorizada, como cláusulas inadmisibles y contrarias a Derecho. Para SÁNCHEZ-CALERO se trata de una norma que, aun habiendo sido combatida, ofrece una solución original y progresiva y ha de ser valorada positivamente, pues trata de potenciar la eficacia del control judicial sobre la licitud de las condiciones generales del contrato de seguro (cfr. *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, Ley de Contrato de Seguro*, tomo 24, vol. I, pág. 84).

(131) Cfr. EMBID IRUJO, «Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del asegurado en el Derecho español», en *Revista Española de Seguros (RES)*, núm. 91, 1997, pág. 30. Como ha afirmado SÁNCHEZ-CALERO estamos ante una norma especial cuyo destinatario directo es la Administración pública y no intenta otra cosa más que evitar la litigiosidad y proteger a los asegurados; no estamos aquí ante un problema de fuentes o del valor de la jurisprudencia para completar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, pues según el Código Civil son necesarias varias sentencias para llegar a esa doctrina —art. 6.1 del Código Civil—, y aquí basta una sola sentencia del Tribunal Supremo (cfr. *Comentarios al Código de Comercio*, ob. cit., pág. 86; *Las mutualidades y el movimiento de defensa del consumidor*, Mutualité, Boletín de la AISAN, 1980/2, pág. 135).

parte dispositiva del fallo del Tribunal Supremo (132). Con la nueva Ley 7/1998 de CGC hay que tener en cuenta el artículo 20.4 que afirma que la doctrina de las sentencias dictadas en recurso de casación ante el Tribunal Supremo, «una vez que constituya *doctrina legal*, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieren sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente» (133). Es decir, se establece legalmente la vinculación de la *doctrina jurisprudencial* (134) a los Tribunales inferiores con la única limitación de que debe de tratarse de cláusulas que procedan del mismo predisponente. Bastará, sin embargo, una sola sentencia del Tribunal Supremo sobre la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato de seguro para promover la actuación de la Administración para la modificación de las cláusulas idénticas a los aseguradores. En este supuesto, si los aseguradores condenados a suprimir o modificar una cláusula no recurren en casación, la obligación *ex iudice* sólo surtirá efectos respecto al asegurado que venció en el pleito, impidiendo que se produzca, con relación a las cláusulas idénticas, esa orden generalizada de la Administración frente a todos los aseguradores del artículo 3.3.º de la LCS.

Pero este peculiar sistema de control se puede decir abiertamente que ha fracasado en la práctica, al menos hasta el momento, en razón de las escasísimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia, encontrándose todo el sistema en entredicho ante la duda de su verdadera virtualidad (135). Parece, en consecuencia, razonable y hasta aconsejable que la

(132) Por todos, SÁNCHEZ-CALERO, *Comentarios al Código de Comercio...*, ob. cit., págs. 88 y sigs. Asimismo, se viene entendiendo que nos encontramos en la hipótesis prevista en el artículo 3.3.º, cuando una sentencia de la Audiencia haya declarado la nulidad de una determinada cláusula e interpuesto recurso de casación contra esa declaración, el Tribunal Supremo la asuma declarando no haber lugar al recurso.

(133) La redacción del texto del Proyecto de Ley sobre CGC de 1977 decía en su redacción original del artículo 20.4 (art. 19.4 del Proyecto) que la sentencia recaída «vinculará a *todos los jueces* en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia» La enmienda número 95 al Proyecto, que fue objeto de transacción en el debate de la Comisión, recordaba que esa vinculación general, por una sola decisión y cualquiera que sea el rango del Juez, es contradictoria con nuestro sistema jurídico y jurisdiccional, y no se compadece con el recurso de casación establecido en el artículo 17.3, pues la sentencia firme de un Juez de 1.ª Instancia vincularía al Tribunal Supremo en todos los casos posteriores (BOCG, serie A, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 45).

(134) Al hablarse de la doctrina sentada por las sentencias dictadas en recurso de casación por el Tribunal Supremo debería hablarse ahora, en el artículo 20.4 de la LCGC, de doctrina jurisprudencial y no de doctrina legal, perturbador término que ya fue eliminado de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil; art. 1.692.4.º LEC), precisamente para evitar la confusión entre ambos conceptos.

(135) Cfr. EMBID IRUJO, *Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del Asegurado...*, ob. cit., pág. 31.

nueva LCGC hubiera sancionado el sometimiento de las condiciones generales del seguro al régimen general de control de las cláusulas predispuestas, aunque sólo fuera en aras de una mayor operatividad del sistema (136).

JAVIER AVILÉS GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

(136) En este sentido se pronuncia ALFARO, para quien no tiene sentido que las cláusulas predispuestas de un contrato bancario o de arrendamiento de vehículos, por ejemplo, estén sometidas a un régimen ni siquiera parcialmente diferente a las utilizadas en el contrato de seguro. Así, se proponía la aplicación a las condiciones generales del seguro de las normas generales sobre control de cláusulas predispuestas (cfr. *El Proyecto de Ley sobre condiciones generales...*, cit., págs. 898 y 902).

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación

SUMARIO: 1. PRECEDENTES —2. CONCEPTO DE CONDICION GENERAL.—
3. CARACTERES.—4. DISTINCION ENTRE CONDICION GENERAL Y
CLAUSULA ABUSIVA —5 AMBITO SUBJETIVO.—6. AMBITO TERRI-
TORIAL.—7. CONTRATOS EXCLUIDOS.—8. DIFERENCIAS ENTRE NO
INCORPORACION Y NULIDAD. I. No INCORPORACIÓN II. NULIDAD.—9. DEL
EJERCICIO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.—10. DEL REGISTRO DE
CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—11. CLAUSULAS
ABUSIVAS: A) CONCEPTO DE LOS CONSUMIDORES O USUARIOS. B) MEDIOS DE PRO-
TECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. a) *Asequibilidad de la redacción de las cláusulas*;
b) *Entrega de justificante*; c) *Buena fe y equilibrio*. C) NULIDAD DE LAS CLÁU-
SULAS ABUSIVAS.—12. PROTECCION EXTRAJUDICIAL DE LOS CONSUMI-
DORES.

1. PRECEDENTES

La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación ha sido aprobada por las Cortes Generales el 13 de abril de 1998 y publicada en el *BOE* el 14 de abril del mismo año, entrando en vigor a los veinte días de su publicación, esto es, el día 4 de mayo, siguiendo el cómputo fijado en el artículo 5 del Código Civil.

La iniciativa legislativa la llevó a cabo el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y en concreto de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Dicha Ley, como explica la Memoria (1), tiene su precedente inmediato en el Anteproyecto de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

(1) Me considero legitimado para su reproducción por haberla redactado.

A través del mismo se pretendía llevar a cabo la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

A diferencia de aquél, el Anteproyecto optó por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación que, además de regular esta materia (las condiciones generales de los contratos) modifique, a través de una disposición final (la primera), la legislación preexistente en materia de protección al consumidor, constituida fundamentalmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en lo relativo a las cláusulas contractuales abusivas.

En este sentido, en la elaboración del Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, se tuvieron en cuenta, además de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en la materia, los siguientes textos fundamentales:

- a) La citada Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- b) El también mencionado Anteproyecto de Ley elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- c) El Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1988 (2), realizado por la Comisión General de Codificación.
- d) El Dictamen emitido por el Pleno del Consejo de Estado el 31 de octubre de 1996, acerca del Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

También se valoraron los informes preceptivos emitidos por las distintas entidades afectadas por la disposición proyectada, y que también tuvo presente el Consejo de Estado en su dictamen, en particular el informe emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 20 de diciembre de 1995.

Dichos informes se realizaron en torno al primitivo Anteproyecto de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en torno al definitivo Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la contratación, el cual surgió precisamente por la conveniencia —puesta de manifiesto en los informes preceptivos de las entidades afectadas— de una regulación más amplia, que no se limitase a la

(2) Publicado en el suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia el 15 de enero de 1988.

regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados por consumidores.

La conveniencia de una Ley sobre Condiciones Generales, la hizo suya el propio Consejo de Estado, aconsejando que se tuvieran en cuenta los precedentes existentes en otros países, así como los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación (3).

A raíz de estas sugerencias, y en base a tales precedentes, el Ministerio de Justicia elaboró el Anteproyecto sobre Condiciones Generales de la Contratación, que fue nuevamente informado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su sesión de 9 de abril de 1997, y por el Consejo de Estado en su sesión de 10 de julio de 1997.

2. CONCEPTO DE CONDICION GENERAL

Como es sabido es frecuente que las empresas que tienen un gran volumen de contratación terminan imponiendo unilateralmente y de forma imperativa las condiciones a que se va a ajustar la relación contractual.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de los Contratos, las define en su artículo 1.º como «cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

Las condiciones generales son ante todo cláusulas que van a formar parte del contenido de un contrato.

La fuerza vinculante de estas condiciones generales ha sido muy discutida; entre quienes opinan (ALFARO, AGUILA REAL, GARCÍA AMIGO) que deriva de la fuerza como consentimiento de la adhesión (tesis contractual); frente a

(3) Páginas 26 a 28 del dictamen. «La mejor vía para la trasposición de la Directiva sería pensar en un Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Se puede perder con la opción escogida —la modificación tan sólo de la Ley 26/1984— una gran oportunidad de contar con una Ley de Condiciones Generales de la Contratación como la que tienen tantos otros países: Italia, Israel, Suecia, Alemania, Inglaterra, etc.; y, en definitiva, la propia Directiva que se trata de trasponer no es otra cosa que una disposición sobre condiciones generales de la contratación. No deja de ser relevante que así se haya indicado en varios informes, y significativamente, en los informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo y el elaborado por el Consejo de Consumidores y Usuarios (...). Es de lamentar que se haya seguido el camino de la modificación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, con toda su insuficiencia, falta de coordinación de textos y confusión, cuando se ha podido contar con una Ley de nueva planta, sistemática y coherente sobre las condiciones generales de la contratación, elaborada durante años por una ponencia de la Comisión General de Codificación».

quienes entienden que su fuerza vinculante arranca del poder normativo del predisponente (GARRIGUES, BALLUGERA).

Este último niega que la adhesión sirva como consentimiento, ya que éste supondría conocer de antemano el proyecto de regla privada y funda la fuerza contractual en el reconocimiento por el Estado del poder normativo del monopolio empresarial como grupo.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales, parte de la base de reconocer la fuerza vinculante de las condiciones generales, pese a su predisposición por parte de una sola de las partes contractuales; pero exige para que tal fuerza vinculante se produzca que concurren una serie de circunstancias o requisitos, precisamente porque el legislador es consciente del desequilibrio contractual.

Por tanto, al margen de la discusión doctrinal sobre si realmente tienen o no naturaleza contractual (condiciones generales de los contratos) o si más bien tienen carácter normativo por sí mismas (condiciones generales de la contratación), la Ley lo que quiere regular son los contratos en los que se den condiciones generales. Es decir, regula el aspecto contractual de las condiciones generales estableciendo requisitos para su validez (por lo que en cierta medida reconoce la limitación de la autonomía de la voluntad en esta materia).

3. CARACTERES

Son cláusulas en las que deben concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Predisposición unilateral, esto es, predisposición por una de las partes contratantes.

Poco importa si el predisponente ha redactado por sí mismo tales cláusulas o utiliza cláusulas redactadas o establecidas anteriormente por otros. Lo importante es que exista predisposición de determinadas cláusulas contractuales.

- b) Ausencia de negociación individual. Toda cláusula no negociada individualmente no siempre es condición general, ya que puede tratarse de un contrato de adhesión particular. Sin embargo, la afirmación inversa siempre se cumple: toda condición general implica predisposición, y en consecuencia, no negociación individual de la cláusula.

No cabe confundir los conceptos de condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente. Los contratos de adhesión son aquéllos en los que una de las partes —un empresario o profesional que realiza una contratación en masa— establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el giro

de sus actividades se realicen. Las condiciones generales de la contratación hacen referencia a una realidad previa al contrato de adhesión y se presentan como un conjunto homogéneo de reglas predisuestas formalmente por un sujeto, relativas a los contenidos contractuales de ciertos contratos a celebrar (con independencia de su constancia expresa o no en los singulares contratos). Existe entre ambos fenómenos una relación evidente en la práctica, pues las condiciones generales de la contratación nacen para integrarse en una serie o grupos de contratos a los que aportan un factor de tipicidad de carácter extralegal. La redacción de dichas condiciones no es el resultado de un acuerdo entre aquéllos que van a celebrar el contrato sobre la base de ellas, sino fruto exclusivo de una de las partes o de un tercero que las ha formulado previamente o predispuesto. No obstante, también hay que tener en cuenta la existencia de contratos prerredactados con carácter particular, es decir, que las condiciones predisuestas no lo hayan sido con la finalidad de aplicarlas a todos los contratos del mismo tipo que celebre la empresa con consumidores, sino a uno concreto cuya categoría puede considerarse como contrato de adhesión.

El requisito de la predisposición conlleva necesariamente que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente. Si existe negociación individual no existe predisposición, y por tanto, tampoco condición general del contrato.

Por otro lado, la circunstancia de que se haya negociado individualmente alguna de las condiciones particulares del contrato, no excluye el carácter de condiciones generales del conjunto.

c) Que esté destinada a una pluralidad de contratos.

Las condiciones generales deben estar redactadas por el predisponente —o por un tercero— con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos a celebrar por aquél con diferentes personas.

La exigencia de que exista predisposición, incorporación al contrato exclusivamente imputable a una de las partes y finalidad de destinarse a una pluralidad de contratos, excluye del concepto de condición general de los contratos a las meras recomendaciones de determinadas cláusulas, en tanto no se comiencen efectivamente a utilizar.

d) El carácter de profesional del predisponente. Es de acuerdo con la Ley esencial para la aplicación de la normativa y para la definición del fenómeno que analizamos. No nos encontramos en presencia de verdaderas condiciones generales de contratación cuando un particular preestablezca los modelos de los contratos que esporádicamente celebre.

La Ley podría igualmente utilizar la expresión empresario o profesional, pero la Ley se ha decantado por utilizar tan sólo la expresión «profesional» siguiendo la terminología de la Directiva 93/13/CEE que la define en su artículo 2.º como «toda persona física o jurídica que, en sus transacciones actúe dentro del marco de su actividad profesional, sea pública o privada». Definición que ha incorporado al Derecho interno el artículo 2.2 de la Ley 7/1998.

La Ley exige que sea profesional el predisponente; el adherente, por el contrario, puede ser cualquier persona física o jurídica (consumidor o profesional).

4. DISTINCION ENTRE CONDICION GENERAL Y CLAUSULA ABUSIVA

Hemos visto que es requisito necesario para que exista condición general de la contratación, su predisposición a ser utilizada en una pluralidad de contratos.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que el predisponente también redacte (por sí mismo o utilice las redactadas por un tercero) las condiciones aplicables a un contrato particular, de manera que la otra parte simplemente se adhiera a ellas. Tales cláusulas, aunque no están negociadas individualmente, no serán condiciones generales, por no estar dirigidas a regular una pluralidad de contratos.

En consecuencia, las cláusulas particulares de los contratos de adhesión, aunque no han sido negociadas individualmente, quedan fuera del ámbito de una Ley sobre condiciones generales.

Sin embargo, cuando el adherente a las cláusulas predispuestas para un contrato determinado es un consumidor, el Ordenamiento jurídico debe procurar que exista equilibrio contractual, dispensando a la parte más débil la protección prevista en nuestro texto constitucional (cfr. art. 51 de la Constitución).

Esta es la razón por la cual la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de los contratos, mantiene la regulación dentro de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de las cláusulas abusivas: porque pueden darse cláusulas no negociadas individualmente, dentro de contratos de adhesión particulares, que sean abusivas. El concepto de cláusula contractual abusiva, de desequilibrio contractual contrario a la buena fe, no es predicado exclusivo de las condiciones generales: también puede darse en contratos de adhesión particulares.

De la misma manera, no toda condición general tiene por qué ser abusiva, aunque ya es una de las causas que pueden determinar la nulidad de una condición general.

5. AMBITO SUBJETIVO

Muy discutido ha sido doctrinalmente el ámbito subjetivo de aplicación de las condiciones generales de los contratos.

Mientras que para un sector doctrinal el adherente en las condiciones generales tiene que ser un consumidor, otro sector doctrinal entiende que también puede ser un empresario o profesional. En este último sentido se pronuncia Díez-PICAZO.

A cualquiera se le ocurre pensar —dice este autor— en la situación del profesional o pequeño empresario frente a la de gran empresario, en que la protección del primero se funda en las mismas razones que abonan la protección genérica de los adherentes.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, circunscribe su ámbito a los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, entendido éste como persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

La Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, distingue dos ámbitos distintos —que vuelven a justificar la dualidad de regímenes jurídicos— según se trate de condiciones generales o de cláusulas abusivas:

- a) La regulación de las condiciones generales es aplicable también a las relaciones contractuales entre empresarios y profesionales, y no sólo a las relaciones entre éstos y los consumidores.
- b) Tratándose de cláusulas abusivas, la regulación se mantiene en sede de la legislación sobre protección al consumidor, porque se entiende que sólo cabe regular específicamente el desequilibrio contractual cuando existe un consumidor.

Admitir que también el Derecho positivo regule la posición de abuso de Derecho entre empresarios es perfectamente sostenible, e incluso esta es la postura de *lege ferenda* que propone para un futuro próximo la Unión Europea, pero hoy en día podría introducir un factor de rigidez no aconsejable desde una perspectiva de competitividad empresarial y por eso la Ley 7/1998 ha dejado al margen de las cláusulas abusivas a las relaciones entre empresarios.

En el dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (propuesta presentada por la Comisión el 24 de julio de 1990) emitido por el Comité Económico y Social de la CEE el 2 de octubre de 1990, se dice literalmente en el punto 2.3.3. que «el Comité insta a la Comisión a que considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los

contratos, independientemente de que éstos se celebren con consumidores o no, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME».

En consecuencia, a tenor del esquema de la Ley, podrían distinguirse los siguientes tipos de relaciones jurídicas:

- a) Relaciones entre consumidores.
- b) Relaciones entre empresarios o profesionales.
- c) Relaciones de empresarios o profesionales con consumidores.

A. Las relaciones de consumidores entre sí no son objeto de regulación alguna en la Ley. Su régimen jurídico será el derivado de la aplicación de las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código Civil.

En este sentido nada impedirá que un Juez pueda declarar nula determinadas cláusulas contractuales por abusivas. Fundamentalmente por vía del artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe dejar el cumplimiento de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes, y que supone la proscripción de cláusulas de interpretación unilateral, resolución al arbitrio de uno de los contratantes.

También podrá dejar sin efecto un contrato por alteración de las circunstancias que lo motivaron que produzcan un importante desequilibrio contractual (cláusula *rebus sic stantibus*).

B. Las relaciones de empresarios o profesionales entre sí se seguirán rigiendo también por las normas generales del Código de Comercio y supletoriamente del Código Civil, siendo aplicables a estas relaciones contractuales lo ya dicho respecto a la posibilidad de que sean objeto de una acción judicial individual de nulidad contractual.

Lo que ocurre es que las relaciones de empresarios o profesionales entre sí son objeto de un nuevo régimen jurídico cuando se basen en condiciones generales, ya que la Ley también extiende a ellas su ámbito de aplicación.

Las relaciones contractuales entre profesionales, en cuanto estén basadas en condiciones generales, deberán someterse a los requisitos establecidos por la Ley, esto es, deberán incorporarse al contrato y estar claramente redactadas; en consecuencia, no ser ilegibles, oscuras, ambiguas, ni incomprensibles. Caso contrario, podrán ser objeto de las acciones colectivas de cesación o retractación.

Lo que no existe es una lista específica de cláusulas nulas por abusivas, que —como se ha dicho— por razones de competitividad empresarial se dejan al régimen general de nulidad contractual.

C. Las relaciones de profesionales con consumidores pueden tener una triple manifestación:

- c.1) Derivar de cláusulas contractuales negociadas individualmente.

- c.2) Derivar de cláusulas contractuales predispuestas al consumidor, que se limita a adherirse a ellas, aunque estén circunscritas a un sólo contrato.
- c.3) Derivar de condiciones generales de la contratación.

En el primer caso (c.1) las relaciones entre profesionales y consumidores se regirán por las reglas generales, pudiendo instarse por cualquier parte una acción de nulidad contractual de carácter individual en los supuestos previstos en las normas generales sobre obligaciones y contratos. También podrían ser abusivas vía artículo 1.256 del Código Civil.

En el segundo caso (c.2) las relaciones contractuales se regirán por las reglas generales y además y específicamente por las normas de protección al consumidor, entre ellas las que definen el concepto de cláusula contractual abusiva (art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

En el tercer caso (c.3) las relaciones contractuales se regirán por la Ley de Condiciones Generales, pudiendo ser objeto de acciones colectivas de cesación o retractación por parte de las entidades legitimadas activamente para ello. Tales acciones colectivas no sólo podrán ser ejercitadas si las condiciones generales no cumplen los requisitos de incorporación y claridad que en la Ley se regulan, sino también si son abusivas (entendiéndose por abusivas las mismas que para los contratos de adhesión individuales).

6. AMBITO TERRITORIAL

Según el artículo 3.º de la Ley sobre condiciones generales, la Ley se aplica a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de la legislación española; y también se aplicará a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales.

Se regula, por tanto, su ámbito de aplicación territorial siguiendo el criterio de inclusión no sólo de los contratos sometidos a la legislación española sino también de aquellos contratos en los que, aún sometidos a la legislación extranjera, la adhesión se ha realizado en España por quien tiene en su territorio la residencia habitual.

Es decir, cuando la declaración negocial se haya producido en territorio español regirá (en cuanto a las condiciones generales) la Ley española, conforme al convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993 (*BOE* de 19 de julio de 1993), al atribuirle el carácter de disposición imperativa (arts. 3 y 5.2 de dicho Convenio).

Ello en absoluto significa que el contrato concebido como un todo deba someterse a la legislación española, sino tan sólo en lo relativo a las condiciones generales, dado su carácter imperativo, que hace extender la aplicación de la ley española a los contratos estrechamente relacionados con el territorio español, como son aquéllos en los que la adhesión se ha realizado por quien tiene en él su residencia habitual.

7. CONTRATOS EXCLUIDOS

Según el artículo 4 de la Ley, ésta no se aplica a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

Tampoco es de aplicación a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los convenios internacionales en los que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.

El sentido fundamental de esta exclusión es respetar la legislación en la materia de sectores específicos, como es el asegurador, que dispone ya de órganos propios de control, todo ello sin perjuicio de que en materia de protección al consumidor, la Disposición Adicional segunda de la Ley 26/1984, retocada por la Disposición Final primera de la Ley, exija que la normativa sectorial específica respete el nivel de protección de la legislación general.

La exclusión de los contratos sucesorios deriva de la necesaria trasposición de la Directiva, y fue imposición proveniente de Alemania, a pesar de su poco acomodo al Derecho español. En cuanto a la expresión «contratos de constitución de sociedades» y no la de «contratos de sociedad», se debe a una enmienda del Grupo Socialista de mejora técnica para adaptarla a la Directiva, que excluye los contratos de constitución y estatutos de sociedades, no los demás actos societarios, cuya naturaleza contractual por otra parte es discutible.

8. DIFERENCIAS ENTRE NO INCORPORACION Y NULIDAD

La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación parte de la distinción nítida entre causas de no incorporación al contrato y supuestos de nulidad.

I. NO INCORPORACIÓN

Las condiciones generales tienen que haberse formulado de forma clara y el adherente tiene que haberlas aceptado. Para ello se exige como mínimo que las condiciones generales formen parte del contrato o en éste se haga referencia a las condiciones generales incorporadas. Además el predisponente debe informar al adherente de las condiciones generales y facilitarle un ejemplar de las mismas.

Sólo en los supuestos en los que por razón de las especiales circunstancias del contrato la obligación de informar y facilitar las condiciones generales sea desproporcionada, se considera suficiente para su eficacia que el adherente haya tenido la posibilidad real de conocerlas.

Es el caso de sectores como el transporte u otros dirigidos a una contratación masiva, en los que sería desorbitado exigir una información efectiva de las condiciones generales y su entrega al usuario.

No se considerarán incorporadas:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer o no se hayan firmado. No es necesario la firma de las condiciones generales si se firma el contrato y en él se hace referencia a las condiciones generales incorporadas.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, salvo en cuanto a estas últimas que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que disciplina en su ámbito la transparencia contractual.

Por ejemplo, los préstamos hipotecarios que se ajusten a la Orden Ministerial sobre transparencia de préstamos hipotecarios de 5 de mayo de 1994.

La aceptación expresa y por escrito de las condiciones generales tan sólo convalida la dificultad de comprensión si se ajustan a la normativa específica sobre transparencia contractual, pero no las que sean ilegibles, oscuras o ambiguas.

II. NULIDAD

A diferencia de la no incorporación, la nulidad de las condiciones generales presupone una cláusula que ya forme parte del contenido del contrato.

En este sentido, se consideran nulas las condiciones generales que en perjuicio del adherente contraríen una norma imperativa o prohibitiva. Con ello se sigue el criterio del artículo 6.3 del Código Civil, al mismo tiempo que se destaca el carácter imperativo de la Ley de Condiciones Generales y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por eso se declara la nulidad, en particular de las condiciones generales que sean abusivas por concurrir los requisitos del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, que ahora se modifica, el cual a su vez se complementa con la lista de cláusulas abusivas contenida en la Disposición Adicional primera de la citada Ley.

Otros supuestos de nulidad serían las condiciones generales que infrinjan cualquiera de las disposiciones generales de carácter imperativo contenidas en el capítulo I de la Ley: aquéllas que pretendan regular de forma distinta a la prevista en la Ley las reglas de incorporación o de interpretación, las que modifique en el ámbito territorial de aplicación o las que excluyan su vigencia a pesar de estar incluidas en su ámbito subjetivo u objetivo.

Ahora bien, tanto los supuestos de no incorporación como los de nulidad de las condiciones generales se harán valer judicialmente a través de las acciones individuales ordinarias, sometidas a las reglas generales de la nulidad contractual (art. 9.1).

Los supuestos de nulidad además podrán —como veremos— ser objeto también de acciones colectivas.

La Ley dicta las siguientes normas especiales en orden a la citada acción individual u ordinaria de nulidad:

- a) Se recoge la teoría de conservación del negocio jurídico, de manera que la no incorporación o la declaración judicial de nulidad no determinará la nulidad total del contrato, sino que la parte no afectada por la nulidad será objeto de integración judicial (art. 10.2).
- b) Se delimita el contenido de la sentencia, caso de prosperar la demanda.

En este sentido el artículo 9, párrafo 2.º, determina que en tales casos la sentencia determinará la nulidad o la no incorporación de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato si se lleva a cabo la integración prevista en el artículo 10, o declarará la nulidad del contrato cuando la nulidad o no incorporación de alguna de las cláusulas determine la nulidad del contrato por faltar alguno de sus elementos esenciales.

- c) Se aclara en el artículo 14, párrafo 2.º, que no se pueden acumular las acciones individuales de nulidad o de no incorporación a las acciones colectivas declarativa, de cesación o retractación, por tratarse de acciones de naturaleza distinta.

9. DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

La Ley regula el ejercicio de las acciones colectivas contra las condiciones generales en el capítulo IV.

Ya se ha visto que la Ley distingue con claridad el ejercicio de las acciones individuales de nulidad de las cláusulas de los contratos o de no incorporación, de las acciones colectivas interpuestas por instituciones, asociaciones u organizaciones legitimadas contra la utilización o recomendación de condiciones generales que se estimen contrarias a la Ley, dentro de las cuales se podrían combatir también los supuestos de nulidad —no los de no incorporación—; en especial su ámbito lógico de aplicación mayoritaria será en sede de nulidad de cláusulas abusivas, esto es, en relación con los consumidores.

Uno de los aspectos principales de la Ley de Condiciones Generales es la regulación de las acciones colectivas, facilitadas en su ejercicio por el Registro de Condiciones Generales (que atribuye específicos efectos con relación a ellas, facilitando su eficacia *ultra partes*). De hecho, la Ley regula el ejercicio de las acciones colectivas contra las condiciones generales en el capítulo IV, a continuación del Registro de Condiciones Generales.

La acción colectiva, a diferencia de la individual, se caracteriza por la legitimación activa para interponerlas: las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de sus miembros, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; las Asociaciones de Consumidores legalmente constituidas que tengan estatutariamente encomendadas la defensa de éstos; el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales; los Colegios Profesionales, y el Ministerio Fiscal (art. 16).

Tales acciones se podrán ejercitar contra el profesional o grupo de profesionales del mismo sector económico que utilice o recomiende las condiciones generales que se reputen nulas.

La Ley distingue con claridad el ejercicio de las acciones individuales de nulidad de las cláusulas de los contratos (4) o de no incorporación (5), de las acciones colectivas interpuestas por instituciones, asociaciones u organizaciones legitimadas contra la utilización o recomendación de condiciones generales que se estimen contrarias a la Ley.

La Ley tuvo en cuenta las sugerencias del Consejo General del Poder Judicial, por ser el ámbito procesal el propio de sus competencias en materia

(4) Que se rigen por las normas generales de la nulidad contractual (art. 8.º) y de las que el Anteproyecto tan sólo aclaraba su contenido (art. 8.º, párrafo 2.º) y la imposibilidad de acumulación a las acciones colectivas (art. 15).

(5) No hay olvido de la acción colectiva de no incorporación, como sugirió el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 9 de abril de 1997, sencillamente porque la acción de no incorporación no puede ser sino acción individual frente a cada caso concreto.

consultiva, y clarificó respecto el Anteproyecto inicial la redacción de los preceptos atinentes a las acciones colectivas, en particular en los siguientes puntos:

- a) Cambiando el título del capítulo IV, que pasó a denominarse «Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales» en lugar de «Cesación de las condiciones generales».
- b) Separando la regulación de la acción declarativa de las acciones de cesación y retractación.
- c) Estableciendo expresamente que la competencia material corresponde a la jurisdicción civil u ordinaria y atribuyendo específicamente, para mayor claridad, la competencia para el conocimiento de las acciones colectivas al Juez de Primera Instancia, en concreto al del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, de su domicilio (6).
- d) Estructurando mejor todos los artículos relativos al ejercicio de estas acciones, de manera que ahora se regula por un orden más sistemático.
- e) Introduciendo un procedimiento de conciliación, ante un tercero no investido de jurisdicción, como trámite previo a la interposición de la acción colectiva.

Se introduce un procedimiento de conciliación de carácter facultativo como trámite previo a la interposición de la acción colectiva, ante el Registrador de Condiciones Generales, cuyo dictamen no será vinculante (art. 13).

- f) Concretando las funciones calificatorias del Registrador de Condiciones Generales, limitadas a la apreciación del interés del solicitante del depósito o de la publicidad de los asientos registrales (se tendrá que comprobar si están legitimados para ello), y arbitrando un recurso contra su calificación en esta materia, basado en el precepto del artículo 228 de la Ley Hipotecaria, previsto para un caso similar.
- g) Especificando los efectos *ultra partes* o prejudiciales de las sentencias, dando nueva redacción al artículo regulador de los efectos de las mismas.

(6) El Consejo proponía que se atribuya competencia territorial al Juez de Primera Instancia del domicilio del demandante, del lugar de celebración del negocio o el lugar donde el demandado tenga su establecimiento, a elección del demandante. Pero tal atribución de competencia, en función de la voluntad del actor, a lo sumo podría tener un sentido protector del consumidor, en contra debe recordarse que las acciones colectivas (cuya legitimación corresponde a entidades o instituciones relacionadas con la materia) nada tienen que ver con las individuales de nulidad contractual (que podrán interponer los consumidores), y que las condiciones generales pueden darse fuera del ámbito de los consumidores, aunque sólo con relación a éstos puedan ser declaradas abusivas.

- h) Concretando que la publicación de las sentencias en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia se limiten al propio fallo de la sentencia y al texto de la cláusula afectada, pero no al resto de la sentencia para evitar gastos innecesarios.

Sin embargo, no se aceptaron determinadas observaciones formuladas por el Consejo General por entenderse que derivan de un mal entendimiento del Proyecto de Ley. Tal es el caso de las siguientes:

- a) La determinación de la competencia territorial (7).
- b) La sugerencia de que la legitimación activa se extienda a los interesados (8).
- c) La crítica a que la acción de cesación no está adecuadamente formulada. A juicio del Consejo, para que se formulara esta acción debería obtenerse previamente una declaración de nulidad de la cláusula en el ejercicio de la acción correspondiente.

Sin embargo, lo que caracteriza la acción colectiva de cesación es que puede declararse la nulidad de una serie de cláusulas incorporadas o susceptibles de incorporarse a una pluralidad de contratos, sin necesidad de la previa interposición de la acción individual de nulidad.

Hasta tal punto la Ley considera que son acciones diferentes, que no permite su acumulación (9).

Los efectos *ultra partes* o prejudiciales de las sentencias se regulan en el artículo 20, ya que:

- a) La sentencia estimatoria obtenida en una acción colectiva determina la cesación en la utilización o la retractación en la recomendación de las condiciones generales contrarias a la Ley y la de abstenerse de utilizarla en lo sucesivo (art. 20.1 y 2).

Por tanto, no sólo afecta a un contrato determinado, sino a todo el clausulado utilizado por el predisponente.

(7) El Consejo dijo que «podremos encontrarnos con que unas condiciones generales de la contratación que se estén aplicando por una compañía en todo el territorio español se resuelvan por cualquier juzgado de Primera Instancia». Claro que esto será así, y la no contradicción con otros jueces de Primera Instancia se logrará a través del Registro de Condiciones Generales y de la invocación de las sentencias inscritas en otros procesos.

(8) Ya se ha dicho que nada impide a los interesados acudir a las acciones individuales de nulidad contractual y de no incorporación, las cuales podrán ser incluso objeto de inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

(9) Artículo 13.2, antes 15.2, del Anteproyecto en su versión inmediatamente anterior.

- b) Impone la devolución de las cantidades cobradas en su caso (art. 12.2, incorporada en virtud de una enmienda de Izquierda Unida).
- c) Una vez que existe doctrina legal vincula en todos los eventuales procesos que pudieran seguirse sobre cláusulas idénticas del mismo predisponente (art. 20.4). Este efecto de prejudicialidad supone que el Juez, sin necesidad de entrar en el fondo, considerará nulas el clausulado del predisponente cuando ya exista doctrina legal sobre la materia.

10. DEL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación tiene su precedente en la Ley sobre la materia elaborada en 1988 por la Comisión General de Codificación.

En dicha Ley estaba previsto un Registro de Condiciones Generales de la Contratación donde se depositarían un ejemplar de éstas y se inscribirían las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de las acciones colectivas sobre ineficacia de las condiciones generales. El efecto jurídico fundamental que se atribuía a dicho Registro era la prescripción de tales acciones en un plazo de dos años a contar del depósito de aquéllas.

Existen numerosos precedentes de un Registro de esta naturaleza también en Derecho comparado.

Podemos destacar, a este respecto, la Ley alemana sobre Condiciones Generales de 1976, que se basa en una estructura muy similar a la Ley española, regulando el ejercicio de las acciones de «omisión» y «revocación» de las condiciones generales declaradas ineficaces por la Ley, las cuales prescriben en el plazo de dos años a contar del momento en que las personas legitimadas para interponerlas conocieron la aplicación o recomendación de aquéllas. Las sentencias, además de hacerse públicas en el *Boletín Oficial del Estado*, son inscritas en un Registro público de carácter estatal, que se lleva por la Oficina Federal de carteles. El efecto fundamental de la sentencia, una vez inscrita, es el de poder ser invocada en otros contratos concretos celebrados en base a las condiciones generales declaradas nulas.

La creación en nuestro Derecho de un instrumento que facilite el conocimiento de las condiciones generales de la contratación y que permita el ejercicio de las correspondientes acciones colectivas dirigidas a impedir su utilización cuando no se ajusten a la Ley, tiene también su base en la propia Directiva 93/3/CEE.

El Registro de Condiciones Generales se caracteriza por las siguientes notas:

1.º Es un Registro de ámbito estatal.

No se trata, por tanto, de un Registro administrativo que se pueda reproducir en tantas ocasiones como Comunidades Autónomas, ya que la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en el ejercicio de las citadas acciones colectivas exige un único Registro que centralice toda la información al respecto.

Así lo ha señalado el propio Consejo de Estado, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 31 de octubre de 1996, considera errónea la creencia de que el hecho de que la Directiva 93/13 se refiera a las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores deba determinar tan sólo competencias autonómicas. A este respecto cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982, a tenor de la cual «una regulación sobre lo que deba entenderse por cláusula abusiva en la contratación está comprendida en lo que dispone el artículo 149.1.8.º de la Constitución». E igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1989, según la cual, «la defensa del consumidor y usuario nos sitúa a grandes rasgos y sin necesidad de mayores precisiones ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil (...) y de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio».

2.º Es un Registro jurídico.

El Registro de Condiciones Generales no es de mera publicidad o de carácter administrativo, sino que tiene carácter jurídico. En este sentido, los efectos jurídicos que produce serían los siguientes:

- a) La posibilidad de conocimiento general en todo el territorio nacional, tanto de las condiciones generales depositadas como las demandas interpuestas como las mismas, así como las sentencias firmes declarativas de su nulidad.
- b) Ello permitirá la ulterior aplicación de tales sentencias a los contratos particulares, e incluso su invocación en ulteriores procesos. La sentencia, declarando nula una condición general, permitirá la declaración automática por otro juez de las condiciones generales idénticas que utilice el mismo predisponente u otros predisponentes dentro del mismo sector profesional.

Mientras que las sentencias —incluso las dictadas en acciones colectivas— producen efectos *inter partes*, la inscripción de tales sentencias en el Registro de Condiciones Generales permitirá su eficacia *erga omnes*.

- c) Finalmente, otro efecto jurídico deriva de la prescripción de las acciones colectivas que se hace derivar del depósito de las condiciones generales. En concreto se prevé la prescripción a los dos años del

depósito (art. 19), con la finalidad de incentivar que los profesionales y empresarios depositen sus condiciones generales. De hecho será una manifestación de la situación de regularidad de las empresas el que voluntariamente depositen sus condiciones generales.

En cualquier caso, la prescripción de las acciones colectivas no impide el ejercicio de las acciones individuales de nulidad, las cuales «reactivan» la posibilidad de ejercicio de las acciones colectivas, con lo que se evita la contradicción de que una condición general nula, declarada como tal en un proceso de nulidad individual, no pueda impedirse que siga siendo utilizada a instancia de quienes tienen legitimación para interponer la acción colectiva.

3.º Está a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Reglamentariamente podrá determinarse la concreta estructura de este Registro a través de cualquier fórmula derivada de la existencia de Registros de la Propiedad y Mercantiles en todo el territorio nacional. Lo normal es que se aproveche la estructura dispensada por los Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Aunque también puede aprovecharse la oportunidad para integrarlos ambos en el Registro de Bienes Muebles. La Disposición Final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, autorizó al Gobierno para la regulación del Registro de Bienes Muebles, en el cual se unificarían los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los libros de buques y aeronaves. De la misma manera, la Disposición Adicional única de la Ley 6/1990, de 2 de julio, sobre modificación de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, estableció que también el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integraría en el Registro de Bienes Muebles. E igualmente la Disposición Adicional tercera del Anteproyecto de Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de (...) de 1998 establece que el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integrará en el futuro Registro de Bienes Muebles.

4.º Es un Registro de depósito voluntario de las condiciones generales.

La inscripción de las condiciones generales de los contratos en el Registro se efectuará a través de la técnica del depósito, que articula con más flexibilidad los principios jurídicos y la agilidad en el tráfico, y que es propio de Registros de naturaleza análoga, como el de Venta a Plazos de Bienes Muebles a los que previsiblemente puede estar vinculado.

Tal inscripción, en principio, se configura como voluntaria, si bien por vía de Decreto a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y de otro Ministerio al que pertenezca el sector profesional afectado, podrá imponerse la inscripción como obligatoria en aquellos sectores en los que el Gobierno de oficio o a propuesta de los sectores empresariales o profesionales, considere

más perentoria la imposición con carácter obligatorio del depósito en defensa de los consumidores y de la contratación en general.

5.º No es un Registro de calificación sistemática de la validez de las condiciones generales en la medida que su declaración de nulidad corresponde en exclusiva a los jueces.

El Registrador de las Condiciones Generales no tiene facultades para denegar el depósito de contratos en los que se contengan condiciones generales que estime nulas. La declaración de nulidad de las mismas es de competencia exclusivamente judicial.

Ello no impide que reglamentariamente se le puedan atribuir competencias en orden a la comunicación de defectos formales a las empresas afectadas.

11. CLAUSULAS ABUSIVAS

Ya hemos visto como la nulidad de las condiciones generales, cuando el profesional contrata con el consumidor, puede derivar de insertar cláusulas abusivas (art. 8.2). Dicha nulidad, además de por vía de acción individual, podrá ser declarada en el ejercicio de una acción colectiva. Y la sentencia derivada de una u otra acción será inscrita en el Registro de Condiciones Generales (art. 22).

A) CONCEPTO DE LOS CONSUMIDORES O USUARIOS

La Ley General de Consumidores y Usuarios (LGCU), de 19 de julio de 1984, considera consumidores y usuarios a «las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expidan» (art. 1.2).

No tienen consideración de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1.3).

Sin embargo, en materia de protección frente a cláusulas abusivas —a las que luego nos referiremos— la Ley 7/1998, de 13 de abril, ha ampliado el concepto de consumidor, entendiendo por tal no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino también cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional (Preámbulo de la Ley).

Así, por ejemplo, un abogado que se compre un ordenador podrá tener la consideración de consumidor en dicha compra aunque lo afecte a su actividad profesional.

B) MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

En la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios se contienen una serie de preceptos tendentes a proteger los derechos de los consumidores que podemos sistematizar así:

a) *Asequibilidad de la redacción de las cláusulas*

Las cláusulas deberán ser concretas, claras y sencillas en su redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a las que en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual [apartado a), núm. 1 del art. 10].

b) *Entrega de justificante*

El consumidor siempre tiene derecho a que se le entregue recibo-justificante o copia del documento [apartado b), núm. 1 del art. 10].

c) *Buena fe y equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas [apartado c), núm. 1 del art. 10].

C) NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La LGCU de 1984 reguló en su artículo 10 las cláusulas abusivas, entendiendo por tales «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los vendedores y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios» [núm. 3, apartado c) del art. 10.1]. Incluso especificaba alguna de estas cláusulas nulas (como, por ejemplo, la imposición al consumidor de gastos que por su naturaleza corresponden al empresario o profesional, como son los gastos de formalización de la declaración de obra nueva y división horizontal en la venta de viviendas).

Y estableció que tales cláusulas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

La necesidad de incorporar al Derecho español la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, que define a nivel comunitario el concepto de abuso contractual y recoge una lista de cláusulas que los Derechos internos debían de considerar como nulas, ha llevado a la reforma de la LGCU en virtud de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación.

Esta Ley 7/1998 no sólo se limita a trasponer la Directiva 93/13/CEE, sino que al mismo tiempo (siguiendo una recomendación del Consejo de Estado al respecto) ha regulado el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, hasta ahora carente de regulación legal pese a la existencia de numerosas aportaciones doctrinales sobre la materia (DE CASTRO, GARCÍA AMIGO, ALFARO, AGUILA REAL, etc.) y de numerosos precedentes en el Derecho comparado (Ley alemana de 1976, legislación portuguesa, en concreto Decreto-ley núm. 220/95, de 31 de enero, sobre cláusulas contractuales generales, Ley francesa de 3 de 10 de enero de 1978, sobre protección e información de los consumidores de productos y servicios; Fair Trading Act de 1973 del Reino Unido, etc.).

Como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, el fenómeno de las condiciones generales no se puede confundir con el de las cláusulas abusivas. Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes y no tiene por qué ser abusiva.

No obstante, no cabe duda de que es en el ámbito de las condiciones generales donde con más frecuencia se produce la figura del abuso contractual. En este sentido, la Ley 7/1998 determina que serán nulas las condiciones generales abusivas impuestas por un profesional a un consumidor (art. 8.2). Fuera del ámbito de las condiciones generales, la cláusula abusiva podrá darse también en los contratos en los que no haya negociación individual, esto es, en los contratos de adhesión (aunque la cláusula no esté destinada a una pluralidad de contratos).

La Disposición Adicional primera de dicha Ley ha modificado la LGCU de 19 de julio de 1984, para adaptarla a la definición comunitaria. En su nuevo artículo 10 bis establece que:

«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En todo caso, se considerarán abusivas los su-

puestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional de la presente Ley».

Son requisitos para que concurra la cualidad de cláusula abusiva:

- a) Que se trate de un contrato celebrado con un consumidor (10).
- b) Que se trate de estipulaciones no negociadas individualmente (11).
- c) Que sean contrarias a la buena fe (12). A pesar de lo que ha entendido algún sector de la doctrina, no son las condiciones generales de los contratos las que deben vincularse a la buena fe, como tales, sino las cláusulas contractuales en general, en particular dentro de los contratos de adhesión, sean particulares o condiciones dirigidas a una pluralidad de contratos.
- d) Que produzcan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato (13).
- e) Es un concepto no estático. El carácter abusivo de una cláusula se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.
- f) Nunca el carácter abusivo puede derivar de la materia objeto del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible (14).

La lista contenida en la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es una lista abierta tomada

(10) Ya se ha explicado por qué se ha abandonado, por razones de competitividad empresarial, la inicial voluntad de abarcar también las relaciones con pequeñas empresas o profesionales, pese a ser una opción perfectamente constitucional e incluso propuesta *lege ferenda* por el Comité Económico y Social de la Unión Europea

(11) Se ha hecho esta aclaración en la versión actual del Anteproyecto con la finalidad de que quede claro que se respeta la posibilidad de que los consumidores negocien individualmente cláusulas que puedan interesar a sus legítimos intereses económicos, de manera que el abuso contractual se dé solamente en los negocios de adhesión, sean contratos particulares o sean dentro del ámbito de las condiciones generales de la contratación.

(12) Se ha modificado la expresión «pese a las exigencias de la buena fe» por el de «contrarias a la buena fe», ya que aunque la primera expresión es más ajustada a la Directiva, la segunda expresa más correctamente la necesidad de que para que exista abuso contractual debe existir mala fe, entendida en su aspecto subjetivo más bien que en el aspecto objetivo de desequilibrio contractual. No obstante, aunque no existe mala fe subjetiva, siempre serán nulas en todo caso las previstas en la lista de la Disposición Adicional

(13) Aspecto objetivo de la mala fe contractual.

(14) Así resulta del artículo 4.2 de la Directiva.

de la Directiva 93/13/CEE y del propio Derecho vigente (art. 10 de la citada Ley).

Es cierto que la Directiva establecía una lista meramente indicativa y no exhaustiva (15). Pero se ha considerado más conveniente respetar al máximo las cláusulas consideradas nulas por la Directiva e incorporar las que —sin estar previstas en aquélla— son consideradas también como tales en nuestro Derecho.

Se ha pretendido así seguir el criterio del Consejo de Estado (16).

En la nueva redacción —dada en la versión actual del Anteproyecto— se ha procurado una exposición más sistemática de las distintas causas de abuso contractual, clasificándose en cuatro grandes grupos: I. Las que suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional; II. Las que suponen la privación de derechos básicos del consumidor; III. Las que son abusivas por falta de reciprocidad; IV. Otras cláusulas abusivas (17).

Pero no se ha apreciado la entidad de las críticas del Consejo General del Poder Judicial respecto a la previsión de determinadas cláusulas abusivas (18), ni tampoco la necesidad de que las cláusulas que se consideren abusivas figuren en el texto articulado del Anteproyecto, estimándose más correcto el criterio del Consejo de Estado y de la propia Directiva (19).

(15) Artículo 3.3 de la Directiva.

(16) Según el Dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 1996, para evitar contradicciones en las correspondencias con la Directiva, debería transcribirse íntegramente la lista de la norma comunitaria, sin perjuicio de añadir, en su caso, otras cláusulas que se estimen convenientes.

(17) Se han agrupado así las cláusulas de la versión inmediatamente anterior del Anteproyecto, distinguiéndose cuatro grandes apartados: I. VINCULACION DEL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL PROFESIONAL. Integraría las cláusulas 1, 5, 6, 9, 18, 19, 25 y 26 de la versión anterior; II. PRIVACION DE DERECHOS BASICOS DEL CONSUMIDOR. Integra las cláusulas 2, 3, 4, 7, 17 y 28 de la versión anterior; III. FALTA DE RECIPROCIDAD. Integra las cláusulas 10, 11 y 15 de la versión anterior; IV. SOBREGARANTIAS. Integra las cláusulas 8 y 22 de la versión anterior; V. OTRAS. Integra las cláusulas 12, 13, 14, 16, 20, 21, 23, 24, 27 y 29 de la versión anterior.

(18) La cláusula 24 del Anteproyecto, en su versión anterior, no es en absoluto ingenua, pues sí ocurre en ocasiones que el profesional o empresario prevé en el documento privado que éste se elevará a público ante determinado fedatario; las cláusulas 20, 21 y 22 de la versión inmediatamente anterior, aunque proceden del Derecho interno, deben ser mantenidas, y si no han sido objeto de aplicación ha sido por la falta de una ley sobre condiciones generales que también respecto de tales las considere susceptibles de ser judicialmente declaradas abusivas; y la cláusula 18 de la versión inmediatamente anterior se está refiriendo a cláusulas meramente indicativas, entendidas por tales (como se deduce del siguiente inciso) las que son puramente discrecionales o arbitrarias o (como el propio Consejo admite) las que no dan lugar a responsabilidad alguna. En cualquier caso, para detallar más su concepto, se suprime la expresión «o» y se vincula la fecha meramente indicativa a la voluntad discrecional del empresario.

(19) El Consejo de Estado, en el Dictamen citado, considera que el Anteproyecto —en su versión inicial, del cual no se ha apartado en esto el actual— tiene una estructura

12. PROTECCION EXTRAJUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES

También se ha regulado la actuación de los profesionales oficiales al servicio de la protección del consumidor.

Notarios:

- Redacción de las escrituras: velarán por la incorporación de las condiciones generales al contrato y su redacción se ajustará a las exigencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez, sin incluir condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles (art. 23.2 LCGC).

La expresión «velarán por la incorporación» no equivale a denegar su autorización si las condiciones generales no están físicamente incorporadas a la escritura; se refiere a la incorporación en el sentido que define la incorporación a la Ley. Por eso será suficiente con que el Notario se asegure de la referencia en el contrato a las condiciones generales.

- Harán constancia en la escritura del carácter de condiciones generales de las cláusulas cuando así le conste (previa inscripción en el Registro de Condiciones Generales) o la manifestación en contrario de los contratantes (art. 23.3 LCGC).
- Advertencia e información: advertirán e informarán al consumidor, antes de la firma, de la existencia de condiciones generales y de la aplicabilidad de esta Ley, con sus derechos y obligaciones (art. 23.1 LCGC) derivado de su deber y facultad de asesoramiento a los interesados.
- Prohibición: no podrán autorizarse escrituras que contengan cláusulas nulas o declaradas, judicialmente, nulas por abusivas (art. 10.6 LGCU).

Corredores de comercio:

- Información sobre condiciones generales: informarán al consumidor sobre la aplicabilidad de esta Ley en los contratos que intervengan (pólizas de crédito, valores...). Así lo dispone el artículo 23.4 LCGC.
- Información al consumidor: informarán sobre la aplicabilidad de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 10.6, inciso segundo LGCU).

adecuada en cuanto que los preceptos bis y la remisión a una Disposición Adicional evitan una extensión de artículos preexistentes, ya de por sí largos, y no inciden sobre una numeración de artículos ya consolidada.

Por otro lado, esta es la técnica seguida por la propia Directiva, que recoge en un anexo las cláusulas abusivas

Registradores de la Propiedad:

Se reforma la Legislación Hipotecaria para adecuarla a la Ley de Condiciones Generales y a la de Defensa de los Consumidores y Usuarios, mediante una Disposición Adicional segunda, que da nueva redacción a los artículos 222, 253 y 258 de la misma.

Se imponen así a los Registradores los siguientes deberes:

1. Información al consumidor sobre sus derechos y obligaciones, que tiene una triple manifestación:

- a) Información sobre la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales (art. 23.1 LCGC).
- b) Información sobre los aspectos generales del procedimiento registral (forma de conseguir la inscripción, recursos y minuta de la inscripción) de forma gratuita (art. 258.1 de la Ley Hipotecaria).
- c) Información (verdadero asesoramiento como se deduce del art. 5 del Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo) sobre materias relacionadas con el Registro, incluyendo los medios más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten (art. 222.7 de la Ley Hipotecaria).

Este asesoramiento será gratuito si es verbal y en caso de que se solicite como dictamen será retribuido, al igual que el Dictamen vinculado a certificación previsto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario (cfr. Anexo I, núm. 5 del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, regulador de los Aranceles Registrales).

Nada impide que este asesoramiento pueda efectuarse con relación a materias referentes a inmuebles situados fuera de su demarcación registral.

- d) Información sobre la forma de subsanación de defectos, siempre que el consumidor lo solicite (art. 253.3 de la Ley Hipotecaria).
- e) Información de cómo queda practicada la inscripción (art. 253.1 y 2 de la Ley Hipotecaria), expresándose en la nota al pie del título el derecho inscrito, la persona a favor de la cual se ha practicado, el asiento realizado, datos registrales, y los efectos de la inscripción (protección judicial de los asientos y breve referencia a los efectos de inoponibilidad, legitimación y fe pública registral, derivados de los arts. 1, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria).
- f) Extensión de nota simple a continuación de la inscripción expresiva de las cargas existentes afectantes al derecho inscrito. Ello no excluye el destacar la discrepancia con las cargas consignadas en el título (art. 434, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario no reformado).

2. Imponiéndole la obligación de denegar las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las declaradas judicialmente (art. 258.2 de la Ley Hipotecaria), pero sin excluir, lógicamente, las que lo son por declaración imperativa de la Ley [art. 18 de la Ley Hipotecaria en relación con la Disposición Adicional de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU)].

3. Imponiéndole el control profesional de la información registral, bajo su responsabilidad, sin posibilidad de acceso directo al contenido o base del archivo para evitar su alteración o televaciado, controlando las normas sobre protección de datos de carácter personal, obligándole a velar por la creación de archivos paralelos de datos que puedan crear la apariencia de una publicidad jurídica en perjuicio del consumidor, imponiéndole la obligación de expedir notas simples en virtud de un contenido predeterminado —sin poder, por tanto, acudir a una fotocopia que obligue al particular a investigar o a buscar un asesoramiento complementario (art. 222 nuevo de la Ley Hipotecaria)—.

El contenido de esta disposición ya latía en la regulación anterior de la Ley Hipotecaria, y había sido en parte anticipada por la Instrucción sobre Principios Generales de Publicidad formal y actuación de los Registradores en caso de petición en masa de 17 de febrero de 1998 (*BOE* de 27 de febrero).

Dicha Instrucción, recordando lo dispuesto en los artículos 607 del Código Civil; 221 de la Ley Hipotecaria; 23.1 del Código de Comercio; 12, 77 a 80 y 381 y 382 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio; los artículos 332 y siguientes del Reglamento Hipotecario; Disposición Final tercera de la Orden de 10 de junio de 1997; el artículo 4.º, número 10, de los Estatutos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, aprobado por Real Decreto 483/1997, de 14 de abril; las Resoluciones-Circulares de este Centro Directivo de 8 de abril de 1983 y 12 de junio de 1985, sobre Publicidad formal de los Registros, control de la identidad de los solicitantes legítimamente interesados y conservación, seguridad e integridad de los libros del registro; las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1987, sobre publicidad en los Registros de la Propiedad; y de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre registradores y ordenación de sus archivos, recuerda que la publicidad expedida por los registradores es:

1.º Publicidad jurídica. La publicidad formal de los asientos registrales es así una publicidad jurídica, en cuanto que constituye el medio técnico-jurídico que permite el desenvolvimiento de los especiales y naturales efectos que al derecho inscrito atribuye nuestro Ordenamiento Jurídico (publicidad civil organizada).

Si rigurosos son los requisitos de acceso de los derechos al Registro, en aras de la solidez de los pronunciamientos registrales (titulación auténtica,

calificación registral, tracto sucesivo) también deben serlo los requisitos de control de la veracidad y exactitud de la información suministrada (en otro caso, crearía confusión e inseguridad jurídica a quienes contratan en base a la misma), así como su alcance en relación con el interés del solicitante (que en el ámbito mercantil se presume), todo ello bajo la exclusiva responsabilidad del Registrador, como titular del archivo (arts. 222, 227 y 233 de la Ley Hipotecaria; 23.1 del Código de Comercio y concordantes), de igual suerte que al Notario corresponde la expedición de las copias autorizadas y simples del Protocolo o archivo notarial.

2.º Publicidad directa. El conocimiento de los asientos registrales debe estar al alcance de cualquier interesado, de manera efectiva, y sin necesidad de tener que acudir —con un coste añadido— a la intervención necesaria de empresas o profesionales para su obtención, sin perjuicio del derecho de aquél de acudir voluntariamente a ellos si lo considera conveniente.

La posibilidad de acceso directo a la publicidad formal en ningún caso puede significar que se pueda acceder directamente a la base de datos de los Registradores, de forma que puedan los archivos ser alterados, manipulados, borrados o vaciados. Ello iría en contra de la finalidad del propio Registro y del entero sistema registral diseñado por nuestro Ordenamiento jurídico, basado en la seguridad de los pronunciamientos registrales. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles deben así adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias que garanticen la integridad de los datos contenidos en sus archivos y evitar su alteración, pérdida o destrucción. Es decir, una cosa es la plena libertad en la solicitud de información, por cualquier medio, físico o telemático, y otra el acceso al núcleo central de la base de datos o demás componentes del archivo.

Publicidad directa significa celeridad en la obtención de la información solicitada, bajo el control profesional del Registrador que asegure su adecuación a los asientos registrales (veracidad de la información). Ello implica la necesidad de incorporar a los Registros las nuevas tecnologías de forma que se pueda emitir la publicidad formal en tiempo real con las debidas garantías. De ahí la necesidad de profundizar en el proceso de informatización de los Registros, permitiendo la comunicación del interesado con el Registrador de forma telemática, así como la expedición por aquél de la publicidad formal a través de fax, correo electrónico u otros medios que conjuguen los citados criterios de eficacia y celeridad con el de veracidad (control profesional) de la información suministrada (vid. OM de 10-6-1997). Entre ellos, la ruptura instantánea entre nexo de solicitud y respuesta, surgiendo ésta de la simultánea remisión por el Registrador. El «tiempo real» debe ser un «tiempo real jurídico», exento de inseguridad (la mera posibilidad teórica de manipulación de la información generaría el cuestionamiento de la fiabilidad —veracidad jurídica— del sistema).

3.º Publicidad profesional. La publicidad formal de los asientos registrales no podrá consistir en dar conocimiento indiscriminado del patrimonio de las personas o publicidad en masa. Quien desee obtener información de los asientos registrales deberá acreditar al Registrador que tiene interés legítimo en ello, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral, si bien en el ámbito mercantil dicho interés se presume.

Los Registradores serán responsables de que la publicidad formal refleje fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante. A este respecto la publicidad formal no puede consistir en la mera reproducción xerográfica o literal de los asientos registrales (vid. art. 334 RH), sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales o de la literalidad de determinados extremos en que el solicitante esté interesado.

Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial, contenidos en los asientos registrales, no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral (vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal). Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad de los asientos registrales no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquél a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes.

Se consideran finalidades de la institución registral la investigación patrimonial y económica, así como la investigación jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el Registrador sólo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos. Para su interpretación, el Registrador cuenta con el Protocolo de colaboración entre la Agencia de Protección de Datos y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (3-11-1994).

En el caso de la publicidad inmobiliaria (donde existe la excepcional posibilidad de manifestación por exhibición mediata de los libros: vid. Instrucción de 5-2-1987, norma quinta) es al Registrador de la Propiedad a quien corresponde determinar y elegir, de entre todas las posibles, cuál va a ser la forma de manifestación del Registro (exhibición o nota simple). Potestad de elección reconocida por el Ordenamiento jurídico (como establecen numerosas Resoluciones de esta Dirección General y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12-3-1997), que supone puede escoger libre-

mente la forma de manifestación más adecuada en la que se conjuguen y se tengan en cuenta varios fines, como son el principio de publicidad del Registro, el derecho a obtener por quien tenga interés legítimo información registral, y el principio de causar el menor daño posible a la conservación de los libros y garantizar la integridad de sus bases de datos, así como el garantizar las normas sobre protección de datos antes expresadas.

Por otro lado, en orden a la protección de los intereses jurídicos y económicos de los consumidores (art. 51 de la Constitución y art. 1 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios), la publicidad registral deberá expresarse con claridad y sencillez, haciendo constar su valor jurídico (claridad gráfica, claridad de conceptos, valor meramente informativo: vid. Instrucción de 5-2-1987, norma quinta).

Y en consecuencia dispuso:

PRIMERO. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles darán conocimiento del contenido de los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que lo soliciten, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación.

SEGUNDO. La manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales, tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación mediante el tratamiento profesional de los mismos, de modo que sea efectiva la posibilidad de publicidad sin necesidad de intermediación, sin perjuicio del derecho del interesado a acudir voluntariamente a ésta. Los Registradores Mercantiles también facilitarán a los interesados la consulta de los datos relativos al contenido esencial de los asientos, con valor de nota simple informativa, por medio de terminales de ordenador instalados al efecto en aquélla, conforme al artículo 79 del Reglamento del Registro Mercantil, pudiendo solicitar copia de lo consultado.

TERCERO. El Registrador se asegurará de la imposibilidad de su manipulación o televaciado, en todo caso, en los supuestos de consulta telemática de los datos del archivo. Se prohíbe a estos efectos, el acceso directo, por cualquier medio, físico o telemático, a los libros y a la base de datos contenida en los archivos de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles que permita su alteración o no garantice la veracidad de la información por su control profesional. Los Registradores responderán de su custodia, integridad y conservación, impidiendo accesos externos a las redes durante la telecomunicación, así como a los programas y a las barreras codificadas. La solicitud por vía telemática supondrá la remisión inmediata de la información registral por correo electrónico. La intercomunicación de los Registradores por redes telemáticas utilizará técnicas de criptografía.

CUARTO. El Registrador deberá exigir el cumplimiento de las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal y no expedirá la

publicidad formal cuando su única finalidad sea su incorporación masiva a bases de datos —registros paralelos— con fines exclusivos de comercialización o reventa, sin responder, pues, a mandato alguno por parte del interesado en la información.

A los efectos del párrafo anterior, la expresión de la causa de la solicitud de publicidad formal deberá ser conforme con la finalidad del Registro, de manera que toda investigación privada de los datos no patrimoniales contenidos en él deberá ajustarse a las normas de protección de datos de carácter personal.

QUINTO. Las solicitudes de publicidad formal en masa sólo serán atendidas si cumplen alguno de los siguientes requisitos:

- a) Si se hacen en cumplimiento de alguna disposición legal que faculte para la realización de estudios estadísticos.
- b) Si su objetivo satisface un interés público como la realización de estudios sectoriales, información tributaria o de planificación económica por las Administraciones Públicas, Corporaciones de Derecho Público o Instituciones Públicas o Privadas sin ánimo de lucro.
- c) Si derivan de un convenio de colaboración suscrito con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que es a quien por vía estatutaria corresponde la publicación de estadísticas con referencia a las bases de datos de los Registros.

En todo caso, el solicitante se comprometerá a que el tratamiento de los datos se realizará mediante agregación de los mismos, de manera que se salvable el derecho a la intimidad del interesado.

SEXTO. Las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la identidad, del solicitante, su domicilio y DNI o NIF durante un período de tres años.

Ello no excluye que puedan actuar las empresas de información comercial.

La Resolución de 22 de abril de 1998, por la que se atiende la consulta formulada por la Asociación Española de Empresas de Informes Comerciales, en materia de solicitudes de publicidad formal a los Registradores mercantiles, aclaró que las distintas disposiciones adoptadas por el Ministerio de Justicia (cfr. Disposición Adicional tercera de la Orden de 10 de junio de 1997, y las Instrucciones de este Centro Directivo de 5 de febrero de 1987, 29 de octubre de 1996 y 17 de febrero de 1998) persiguen como finalidad:

- a) Imponer a los Registradores las obligaciones concretas necesarias para formar bases de datos homogéneas, que sean jurídica y económicamente útiles (respondiendo al concepto de «publicidad formal»), en orden a la aplicación de técnicas telemáticas de transmisión de

dichos datos, bajo los principios de publicidad jurídica, directa y profesional.

- b) Reducir el tiempo de respuesta a la información solicitada a un «tiempo real jurídico», abaratando los costes, tanto para interesados en dicha información como para los intermediarios, de tal suerte que se impida, por los medios apropiados, la manipulación, alteración o televaciado de los archivos informáticos (cfr. art. 12 del Reglamento del Registro Mercantil).

Y que para cumplir estas finalidades y el dictado de la exclusión de la Ley Orgánica 5/1992, sin generar fraude de Ley, el Protocolo de la Agencia de Protección de Datos de 3 de noviembre de 1994, en términos generales, señala: «El acceso a la base de datos, excluidas de la Ley Orgánica, deberá garantizar el control del solicitante de la información y el uso a que se destina, adoptando las técnicas adecuadas para evitar el acceso indiscriminado, en masa o al patrimonio de las personas físicas sin previa acreditación del interés legítimo, y siempre con pleno respeto a los datos sensibles, intimidad y privacidad en la forma definida legalmente, de tal suerte que este nuevo cuerpo legal informe la actividad registral».

«Por lo que se refiere a la publicidad formal o información registral que suministra el Registrador, deberá, asimismo, tener presente las normas de protección de datos de carácter personal, potenciando la publicidad económica o patrimonial en relación».

«Cuando se trata de información en masa, su tratamiento profesional requiere el análisis de la personalidad del solicitante y recomienda la petición de un escrito firmado que lo identifique y exprese la causa y el medio (convencional, magnético o telemático), ya que aunque el archivo del Registro es un archivo vivo y la publicidad tiene una vigencia en el tiempo limitada, su obtención habilita a la publicidad extrarregistral engañosa y a la duplicación de archivos en contra de las disposiciones legales».

«En el ámbito mercantil deben regir los mismos principios que en el inmobiliario, adaptados a su especial naturaleza, asegurando el control de la identidad del solicitante, el objeto de la publicidad, la causa de ella en función del medio de suministro (convencional, magnético o telemático)».

«Adaptados a su especial naturaleza», significa ausencia de control previo por el Registrador del interés legítimo o conocido, conforme a la reforma introducida en el artículo 23.1 del Código de Comercio y en el 12 del Reglamento del Registro Mercantil. Los principios informadores, positivamente formulados por la Ley Orgánica 5/1992, son los de licitud y lealtad (art. 4.7), limitación (art. 4.1), exactitud (art. 4.3 y 4), especificación (art. 4.2), seguridad (art. 9), y responsabilidad [art. 3.d)].

Es decir, la Agencia de Protección de Datos preserva el derecho de los titulares registrales (ex art. 18 de la Constitución), cuando el objeto de la obtención de la información es la «precaptura» de datos (intrínsecamente variables), en masa, para una finalidad distinta de aquélla para la que están creados los Registros (seguridad jurídica extrajudicial, seguridad del tráfico jurídico y seguridad de los derechos, únicas razones por la que se excluyen estos ficheros automatizados del ámbito de la Ley Orgánica 5/1992). Así en la práctica, públicamente conocida, la «venta» indiscriminada de «ficheros» obtenidos y formados para una finalidad distinta (prohibición del art. 4.2 de dicha Ley), sin autorización expresa del titular de los datos, ha dado lugar a la imposición de distintas sanciones. Los titulares de los datos que figuran en el Registro verían alterados sus derechos constitucionales, si son objeto de «comercio» por los responsables de los ficheros. Nadie entendería, por ejemplo, que la Administración, un concesionario de un servicio público, un profesional que ejerce una función pública, un profesional liberal o una empresa privada «vendiese» su fichero a cualquier interesado, cuando ha obtenido los datos por el cumplimiento de una norma, por la adquisición de un bien concreto o por la prestación de un servicio determinado. En Derecho comparado, dentro de la Unión Europea (por ejemplo, los Países Bajos: obtención de domicilios del Registro Mercantil a efectos de remitir publicidad comercial en la venta de automóviles), y en Derecho comunitario, esta cuestión está claramente definida (cfr. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995).

En cuanto al objeto de la consulta concreta y habida cuenta que se restringe a los supuestos de «publicidad en masa», contemplados en el artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil, la Orden Ministerial de 10 de junio de 1997 y las citadas Instrucciones de 1987, 1986 y 1998, en coordinación con las Resoluciones-Circulares de 1983 y 1985, la DGRN recuerda de forma clara y precisa que el artículo 5.1 de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 supone que los Registradores Mercantiles deberán atender siempre las peticiones o solicitudes de información, con independencia de su número, cuando conste en éstas que su finalidad es jurídica o económica, dentro del ámbito propio de la institución registral (cfr. párrafo catorce del preámbulo de la antes citada Instrucción), en virtud de mandato del interesado en la información y sin perseguir la «precaptura» de datos (que no se trate de una investigación indiscriminada dirigida a ofrecer datos intrínsecamente variables). Bastará, en consecuencia, la manifestación de dichos presupuestos, sin concreta comprobación de la veracidad de la manifestación.

Estos requisitos los reúne la Asociación que formula la consulta, ya que de su manifestación resulta que la publicidad obtenida de los Registros Mercantiles no constituye su única fuente de datos; que no los almacena de forma

directa sino que los transforma; y que su finalidad no es exclusivamente de comercialización o reventa de tales datos.

En cualquier caso, una vez potenciada la solicitud y la transmisión telemática de los datos que conforman la información jurídico-registral, y establecidos códigos de conducta por los intermediarios en la publicidad formal (en orden a la manifestación expresa de los presupuestos señalados), la hipotética vulneración que se haga de la legislación de protección de datos estará sujeta, con las advertencias oportunas, al control represivo de la Agencia Estatal.

Conviene recordar, por otro lado, que carece de interés económico la «precaptura» de datos variables por ser contrario a la seguridad jurídica. No tiene sentido que puedan circular datos que pueden ser obsoletos, menos aún bajo el fundamento de la expresión de la fuente de donde proceden, ni que acudan a ellos los profesionales o intermediarios, máxime cuando éstos o los propios interesados pueden consultar (una vez incorporadas las nuevas tecnologías de las comunicaciones) ante el problema o informe comercial concreto, en «tiempo real jurídico» la situación registral actual; cualquier otra actuación encarece la intermediación, provoca inseguridad jurídica, su propio desprestigio y la no fiabilidad, sin entrar ahora en el tema de la responsabilidad por daños y perjuicios.

Por todo ello, la Dirección General acordó resolver favorablemente la consulta formulada y aclarar que los términos literales del artículo 5.1 de la Instrucción de 17 de febrero de 1998, como es obvio, deben entenderse en el marco del preámbulo de dicha norma, compatibilizando así las solicitudes temáticas de información, en base a la simple manifestación del intermediario, con la protección de datos de carácter personal y la inalterabilidad de los archivos informáticos.

En definitiva, la Ley de Condiciones Generales, impulsada por la DGRN, así como las Instrucciones de ésta en la materia, han supuesto una radical reforma en beneficio del consumidor inmobiliario. Así se demuestra en las siguientes innovaciones de la Ley Hipotecaria:

1.º Exigencia de un control profesional por parte del Registrador de la publicidad formal que asegure su valor jurídico.

A esta finalidad responde el reconocimiento legal de la posibilidad de publicidad sin intermediación y la exigencia de que el Registrador adopte medidas que eviten la manipulación o televaciado de los datos contenidos en el Registro.

Es un hecho existente en la realidad social que intermediarios sin cualificación profesional están creando bases de datos que ofrecen al público, creando una apariencia engañosa de publicidad jurídica, sin responsabilidad alguna, y con un sobre coste que perjudica al consumidor.

Y a la misma razón obedece la prohibición de consulta directa de los libros del Registro, a lo que debe añadirse la frecuencia con que tal exhibición directa desemboca en la pérdida o destrucción de los folios del Registro (20).

2.º Imposición al Registrador de la obligación de asegurarse del interés conocido de las personas que solicitan la publicidad registral.

Con ello se pretende evitar situaciones existentes en la práctica de expedición de notas simples informativas indiscriminadas y de carácter general sobre el patrimonio de las personas.

Una cosa es que el Registro de la Propiedad sea público y otra que se divulgue sin control su contenido. El Registro de la Propiedad es público para la finalidad para la que fue constituido: facilitar la contratación. Pero esto no autoriza para dar a conocer indiscriminadamente el patrimonio de las personas, el número de consejos de administración al que pertenece, etcétera.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha insistido en esta necesidad en varias ocasiones (21). La Ley no hace sino clarificar legalmente esta materia en beneficio del consumidor, como ya ha hecho en el ámbito mercantil el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (22).

La importancia de la función del Registrador en conjugar la defensa del derecho a la intimidad del titular registral con el derecho de información de los terceros con interés legítimo, ha sido puesta de manifiesto por el magistrado del Tribunal Constitucional GIMENO SENDRA (23).

3.º Exclusión de la publicidad de los datos carentes de trascendencia jurídica.

No siempre existe interés por parte del solicitante de la información respecto de todos los datos que obran en el Registro de la Propiedad. Algunos de ellos pueden incluso estar bajo el amparo de la Directiva 95/46/CEE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y de la Ley Orgánica reguladora del Tratamiento de datos de carácter personal (24).

Así, al comprador del inmueble le interesará conocer la titularidad, cargas, descripción del inmueble, etcétera, pero no tiene por qué saber si el

(20) Basta hojear el *BOE* para ver los numerosos casos de expedientes judiciales de reconstrucción de folios destruidos o desaparecidos a causa de la consulta directa de los mismos.

(21) Vid. Instrucciones de la DGRN, de 5 de febrero de 1987 y 29 de octubre de 1996.

(22) Cfr. artículo 12.

(23) GIMENO SENDRA, VICENTE, «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», en la Revista *La Ley*, núm. 4307, 11 de junio de 1997.

(24) Piénsese que la Directiva 95/46/CE se extiende también a los Registros Públicos, si bien su considerando 50 admite la posibilidad de establecer exenciones o simplificaciones para los tratamientos cuya única finalidad sea la información a toda persona que acredite un interés legítimo.

titular —por poner un ejemplo— es hijo matrimonial o no, o si es hijo adoptivo, cosa que podría llegar a conocer si se expide la publicidad sin control, indiscriminadamente o por mera fotocopia y apareciese los datos de la adquisición hereditaria del transmitente.

Lo mismo ocurre respecto de embargos ya cancelados, que en una nota simple por fotocopia aparecerían y, sin embargo, no se reflejan, el Registrador controla la publicidad formal y ésta se realiza en extracto (25).

Este es el sentido de limitar los supuestos de certificaciones literales a los casos en que sean solicitadas por una autoridad judicial o administrativa.

4.º Posibilidad de que la publicidad registral se realice a través de cualquier Registrador.

La imposición de ámbitos de libre competencia en la actuación registral necesariamente ha de redundar en beneficio del consumidor. Este podrá acudir al Registrador más cercano o más ágil, sin necesidad de acudir al que sea titular del Registro al que pertenezca la finca de la cual se necesita información.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1996, constituye el precedente en esta materia.

Además, en ningún caso se encarece la publicidad formal sino todo lo contrario.

El hecho de que se reforme la Ley Hipotecaria para excluir la exhibición directa de los libros como regla general, al igual que la fotocopia de los asientos registrales, como consecuencia directa de la necesidad de que el registrador controle el contenido de la publicidad formal y el interés legítimo de los solicitantes, no significa que se vaya a encarecer el sistema.

Todo lo contrario: lo que se pretende es que al consumidor, que la gran mayoría de las veces es lego en la materia, no se le despache con una mera fotocopia de los asientos registrales que luego tenga que ser interpretada por un tercero.

El objetivo de la Ley es acabar con la práctica viciosa e impresentable socialmente de información registral por fotocopias (que devengan los correspondientes honorarios y que no generan responsabilidad alguna al registrador, ya que siempre podrá decir que el contenido de los asientos los trasladó íntegros al particular). Lo que se pretende es imponer que lo que se dé al consumidor sea realmente una nota simple: un extracto sencillo, comprensible de lo que realmente le interesa para la transacción y bajo la responsabilidad del registrador.

Y sin incrementar un ápice el costo para el solicitante de la información, en cuanto que ésta seguirá devengando lo previsto para las notas simples en

(25) El borrador de modificación de la Ley Orgánica de Tratamiento de Datos, de carácter personal, prevé que en los ficheros cuya finalidad sea la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial, no podrán conservarse datos de carácter personal adversos para el afectado cuando se refieran a situaciones o hechos que se hayan producido hace más de seis años

el correspondiente arancel. En todo caso disminuirá el coste final para el consumidor, que no tendrá que pagar el coste añadido de un tercero que le descifre el contenido de la fotocopia de los asientos registrales.

En cuanto a la obligación de informar al pie del título de la actuación del Registrador. El mismo sentido de proteger al consumidor y de imponer una carga más al Registrador en beneficio de los interesados es la que se orienta a exigir (art. 253) que el Registrador deje constancia al pie del título de todas las operaciones que realice: en este sentido —por ejemplo— se pretende que se haga constar los asientos que se han cancelado por caducidad, lo que permitirá al consumidor conocer las operaciones registrales que se han practicado (al margen de las resultantes de su título) y le permitirá comprobar el cobro adecuado de los aranceles registrales.

También como carga o deber impuesto al Registrador debe entenderse la exigencia de que se haga constar en un apartado de «Observaciones» los medios de subsanación o rectificación de los defectos advertidos.

Debe pensarse que el procedimiento registral, en el que la relación entre el presentante y los interesados es de carácter inmediato y verbal (26), la indefensión del consumidor puede ser grave si no se le da orientación respecto de los medios de subsanación, que pueden ser vinculantes para el Registrador si el interesado pide dictamen vinculante al respecto.

Son todo normas pensadas en el consumidor y en la mayor reglamentación de la actuación del Registrador.

Lo mismo ocurre con el deber de información por parte del Registrador al consumidor del servicio registral, de los requisitos necesarios para la inscripción, recursos contra la calificación, minuta de inscripción y medios de subsanación, así como, en general, el deber de asesoramiento por el Registrador en materias propias de su especialidad y competencia (art. 258).

Con ello se pretende dar rango legal a lo que ya reguló con timidez el Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, sobre emisión de dictamen por el Registrador como profesional, y por el Real Decreto de 30 de diciembre de 1987 en materia de apertura al público por los Registradores de la Propiedad.

El asesoramiento previo no supone un condicionamiento al consumidor, sino todo lo contrario: una carga impuesta al Registrador en beneficio del consumidor, que podrá conocer de antemano no sólo la minuta o borrador de su inscripción futura (única posibilidad actualmente existente), sino todos los aspectos relacionados con el procedimiento registral: documentación necesaria, recursos contra la calificación, etcétera.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Letrado adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado

(26) Cfr. artículo 19 de la Ley Hipotecaria y 429 del Reglamento Hipotecario.

El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL —II. EL DERECHO DE SUPERFICIE ANTES DE LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956· ANTECEDENTES HISTORICOS.—III. EL DERECHO DE SUPERFICIE TRAS LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956· 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LAS SUCESIVAS LEYES DEL SUELO: 2.1. *Introducción.* 2.2. *La existencia de Plan de ordenación como presupuesto para la aplicación de las normas contenidas en la Ley del Suelo en materia de derecho de superficie.* 2.3 *El derecho de superficie sobre edificaciones preexistentes.* 2.4. *El carácter de Derecho privado de la regulación del derecho de superficie en la legislación del suelo.* 2.5. *El juego del principio de «numerus apertus» de derechos reales en la configuración de una modalidad urbana común del derecho de superficie.*—IV LA RELACION ENTRE EL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS SUCESIVAS LEYES DEL SUELO 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE. 3. LA REVERSIÓN DE LO EDIFICADO AL DUEÑO DEL SUELO. 4. EL PLAZO PARA REALIZAR LA EDIFICACIÓN. 5. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. A la hora de realizar un estudio acerca del derecho de superficie, el primer problema que se plantea es el de la delimitación de su concepto. La doctrina actualmente dominante considera que el derecho de superficie, en lo que se ha dado en denominar «su configuración moderna», es el derecho real de tener y mantener sobre un inmueble ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida, normalmente, mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar (1).

(1) En términos generales, éste es el concepto que mantuvo ROCA SASTRE —vid. «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, págs 6 y 7— y, a la postre, el que ha seguido la mayor parte de la doctrina.

De acuerdo con esta definición, el derecho de superficie se configura del siguiente modo. En primer lugar, el derecho de superficie es un derecho real, del tipo de los de goce, que da lugar a una propiedad separada —la de la edificación o plantación con respecto a la del suelo sobre el que se erigen—, denominada propiedad superficiaria (2). Por tanto, el derecho de superficie supone una derogación del principio romano *superficies solo cedit*, consagrado en el artículo 358 del Código Civil (3), al permitir que lo edificado o plantado en un terreno no pertenezca al dueño del suelo sobre el que se asienta la edificación o plantación (4).

En segundo lugar, el derecho de superficie se cualifica por ser el derecho a tener y mantener en suelo ajeno una edificación en propiedad separada. De este modo, el derecho a edificar o a plantar tiene un carácter meramente instrumental; lo que permite, como punto de partida, que este derecho pueda recaer sobre edificaciones o plantaciones preexistentes, que pasarían a ser de propiedad del superficiario (5).

(2) En el Derecho italiano, LUCCI —vid. *Del diritto di superficie*, Marghieri-UTET, 1927, págs. 142 y 143— señalaba que la propiedad superficiaria era el efecto del derecho de superficie, siendo el objeto de este derecho el poder de tener una construcción en propiedad separada.

(3) Para ROCA SASTRE —vid. *Ensayo.., op. cit.*, págs. 28 y 29—, si no se hace perder a los artículos 358 y 361 del Código Civil su rigidez e imperatividad, «no hay cabida para el derecho de superficie de estructura moderna en nuestro sistema jurídico, pues si siempre ha de producirse la accesión únicamente cabe como posible el derecho de superficie de tipo romano, que es el que atribuye al superficiario la simple facultad de goce de lo edificado, sin que de ningún modo pueda hablarse de la propiedad separada superficiaria». Para salvar la rigidez del principio de accesión consagrado en nuestro Código Civil, ROCA SASTRE entiende que a la redacción del artículo 358 del Código Civil debe añadirse la siguiente excepción: «salvo lo dispuesto en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y demás disposiciones sobre la materia». De otro modo, para DE LOS MOZOS —vid. «La tecnificación del derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas», en *RDU*, núm. 26, 1972, págs. 18 y 19— el principio *superficies solo cedit* queda fuertemente debilitado con la amplia renovación del concepto de propiedad operada por la Ley del Suelo.

(4) Vid., entre otros, DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 64; ROCA SASTRE, *Ensayo.., op. cit.*, págs. 27 a 29; FONT BOIX, «El derecho de suelo y el de superficie Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, 1967, págs. 23 a 25; GARRIDO PALMA, «*Superficie solo cedit*. El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, pág. 136, GUILARTE ZAPATERO, *El derecho de superficie*, Aranzadi, 1966, págs. 179 y 180. En la jurisprudencia, STS de 1-2-1979 (R.A. 420). Para CARRASCO PERERA —*Ius aedificandi y accesión*, Montecorvo, 1986, pág. 403—, en cuanto clase de todos los títulos que pueden conducir a una propiedad separada, el derecho de superficie se entiende que es una derogación del principio de accesión pero, en su opinión, con eso se dice bien poco, «tan sólo que la propiedad del *dominus soli* sobre la edificación se deroga por la propiedad que sobre ésta tenga un tercero; lo cual es cierto por obvio, pues obvio es que uno no puede ser propietario de una cosa —salvo comunidad— cuando lo es otro».

(5) Otros autores, en cambio, han puesto el acento en el derecho a edificar o plantar que confiere el derecho de superficie al superficiario. Así, para PUIG PEÑA —vid. *Com-*

En el concepto de derecho de superficie hemos omitido deliberadamente hacer referencia al tiempo durante el cual el superficiario puede tener o mantener su edificación en suelo ajeno. Legalmente, el derecho de superficie se configura como un derecho temporal. Así lo concibe la legislación sobre el suelo y ordenación urbana —desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 (6)— y, con base en ella, el Reglamento Hipotecario, tras su reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959 (7). Ahora bien, la doctrina no se muestra pacífica a la hora de determinar si la regulación contenida en esas normas tiene o no un carácter institucional, lo que permitiría mantener que el derecho de superficie no es de esencia temporal (8).

2. De lo expuesto hasta el momento podemos adivinar que en el ordenamiento jurídico español resulta especialmente complejo determinar cuál es la regulación aplicable al derecho de superficie. Tal dificultad deriva, principalmente, de dos circunstancias. En primer lugar, de la variedad de normas que contemplan esa figura, unas veces limitándose a hacer una mera alusión a ella, otras dotándola de un régimen específico. En segundo lugar, del hecho de que las referidas normas se encuentren dispersadas en cuerpos normativos civiles y administrativos: el Código Civil (art. 1.611), la Ley Hipotecaria

pendio de Derecho civil español, II Derechos reales, 3.^a ed., Madrid, 1976, pág. 595—, el derecho de superficie es «aquél de naturaleza real por cuya virtud una persona (concedente) otorga a otra (superficiario) el derecho a levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace, bajo ciertas y determinadas condiciones». Por su parte, Díez PICAZO y GULLÓN —*Sistema de Derecho civil*, III, Tecnos, 1990, pág. 486— señalan que «el derecho de superficie, en su variedad urbana, es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido».

(6) Genéricamente hablaremos de la legislación del suelo para aludir tanto a la mencionada Ley de 1956 (LS, en adelante), como al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 y de 1992 (TRLR de 1976 y TRLR de 1992, respectivamente).

(7) La limitación temporal aparece en los siguientes preceptos: para las entidades públicas, artículo 161 LS de 1956 (cincuenta años); con alcance general, artículo 16.1.a) RH (cincuenta años), artículo 173.1 TRLR de 1976 (setenta y cinco años para las entidades públicas, noventa y nueve para los particulares) y artículo 289.2 TRLR de 1992 (de idéntico contenido que la norma anterior). La actual Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998 (BOE de 14 de abril de 1998) declara en vigor éste y otros preceptos del TRLR de 1992.

(8) Vid., recientemente, DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores, 1997, pág. 115 y sigs. Téngase en cuenta que, en un principio, ROCA SASTRE defendió en su famoso *Ensayo*. —*op. cit.*, pág. 7— que el derecho a tener o mantener la edificación podía ser temporal o indefinido. En cambio, en la actualidad, ROCA-SASTRE MUNCUNILL —vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. V, Bosch, 8.^a ed., 1997, págs. 475 y 476—, entiende que «El derecho de superficie urbana en su configuración moderna es el derecho real de tener y mantener, temporalmente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación en propiedad separada...»

(art. 107.5) y el Reglamento Hipotecario (arts. 16 y 30), por un lado (9), y el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26-6-1992 (arts. 287.2.º y 3.º, 288.2.º y 3.º, y 289) (10), y la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11-11-1980 (art. 3), por otro (11). Con todo, de los múltiples supuestos en que cabe constituir un derecho de superficie, el que ahora nos interesa, y en el que se centrará nuestro estudio, es el derecho de superficie urbano, constituido entre particulares para realizar una construcción sobre el suelo (12).

(9) En la actualidad, entre los Derechos especiales, sólo el Fuero Nuevo de Navarra de 1972 contiene disposiciones específicas acerca del derecho de superficie (Ley 427 y sigs.).

(10) Estos preceptos han quedado en vigor tras la STC de 20-3-1997, que ha declarado inconstitucionales, en relación con el derecho de superficie, los artículos 287.1, 288.1 y 290 de la Ley del Suelo de 1992. En su defecto, recobran vigencia, con carácter supletorio, el artículo 171.1 de la Ley del Suelo de 1976, relativo a la concesión del derecho de superficie por parte de las Entidades públicas, y el artículo 174 concerniente a las ventajas que se derivan de la concesión del derecho de superficie. De manera sucinta, el panorama legislativo en materia urbanística queda como sigue: en primer lugar se aplicarán las normas contenidas en la actual Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que tiene por objeto «definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional» (art. 1). A su vez, esta norma declara aplicable la normativa plena o básica contenida en el RDL 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998). En segundo lugar se aplicará la normativa autonómica propia que la Comunidad Autónoma en cuestión haya podido dictar al respecto, al asumir competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo; en tercer lugar, y de manera supletoria, se aplicarán los preceptos del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, que han recuperado vigencia tras la STC.

(11) No debemos olvidar, además, las normas urbanísticas de las CC.AA. que también entran a regular el derecho de superficie. Tal es el caso, por ejemplo, en Galicia, de la Ley 1/1997, de 24 de marzo de 1997, del Suelo (arts. 158 y sigs.); en Cataluña, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de urbanismo, aprobado por el DL 1/1990, de 12 de julio (arts. 240 y sigs.). No obstante, hemos de advertir que el legislador autonómico tiende a acoger la misma regulación establecida en la Ley estatal, como sucede también en el caso del País Vasco, que incorporó íntegramente el Texto Refundido de la LS de 1992 a su derecho autonómico.

(12) Sin perjuicio del tratamiento colateral del que puedan ser objeto, queda al margen de este estudio, el análisis del derecho de superficie sobre montes vecinales en mano común (art. 3 de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común); el derecho de superficie que constituyan las entidades públicas en terrenos de su propiedad (antiguo art. 287.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, declarado inconstitucional por la STC de 20-3-1997); el derecho de sobreelevación y subedificación superficiario (art. 16.1 RH), que no hay que confundir con el derecho de elevar plantas o realizar construcciones bajo el suelo en edificios ya construidos en régimen de propiedad horizontal, contemplado en el artículo 16.2 RH el derecho de superficie rústica (art. 30 RH), constituido para plantaciones, siembras o cultivos, y demás supuestos de superficie vegetal.

3. La falta de homogeneidad en el tratamiento de esta figura ha llevado a mantener en la doctrina diversas interpretaciones, de las que se derivan importantes consecuencias prácticas. De manera sucinta, estos son los puntos en los que se centran las principales posturas:

- a) Para la mayor parte de la doctrina, cabe hablar de una modalidad urbanística y de una modalidad urbana común del derecho de superficie (13). La primera se aplicaría a los derechos de superficie constituidos dentro del marco de los Planes de Ordenación Urbanística. El régimen legal al que estaría sometida esta modalidad es el establecido en la Ley del Suelo —art. 287.2.º y 3.º, 288.2.º y 3.º, y 289— y en el artículo 16.1 del RH. Con base en estos preceptos, el derecho de superficie debe constituirse con carácter temporal —*por un período de tiempo no superior a noventa y nueve años*, señala el art. 289.2 del TRLS— y necesita de inscripción registral *como requisito constitutivo de su eficacia* (14) (art. 288.2 TRLS y art. 16.1 RH). Por lo que respecta a la modalidad urbana común (en principio, construcciones o edificaciones no determinadas en los Planes de Ordenación), se han mantenido dos tipos de interpretaciones. Para un sector de la doctrina, a esta modalidad le serían aplicables los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil, que comprenden el derecho de superficie entre los de naturaleza análoga a la enfiteusis (15). Siguiendo la interpretación mayoritaria de estos preceptos, el derecho de superficie se podría constituir temporal o indefinidamente, y no necesitaría de inscripción en el Registro de la Propiedad *como requisito constitutivo de su eficacia*.

De otro lado, si bien con una interpretación hasta ahora minoritaria, también se ha mantenido que los particulares pueden acordar un derecho de superficie de características distintas a las expresamente previstas en la Ley, con base en la derogación del principio de accesión y en el principio de *numerus apertus* de derechos reales mayoritariamente defendido en nuestro ordenamiento (16). Tal derecho podría ser perpetuo, y su inscripción en el Registro de la Propiedad sería meramente declarativa, por ser éste el principio general que rige en materia registral.

- b) En cambio, otro sector de la doctrina defiende una tesis unitaria (17). En términos generales, esta tesis mantiene que sólo existe un régimen

(13) Vid. *infra* III, § 2.1.

(14) La doctrina ha discutido si esta expresión ha de entenderse en el sentido de considerar requisito esencial para la válida constitución del derecho de superficie su inscripción registral —vid. *infra* IV, § 5—.

(15) Vid. *infra*, § II

(16) Vid. *infra* III, § 2.5

(17) Vid. *infra* IV, § 1.

aplicable al derecho de superficie urbano: el derivado de la Ley del Suelo y del Reglamento Hipotecario.

4. Una vez expuesto el estado de la cuestión, vamos a determinar si, en la actualidad, la constitución del derecho de superficie entre particulares, para construir un edificio en cualquier municipio, puede escapar a la regulación establecida en la LS y el RH. Con esta finalidad haremos, en primer lugar, un breve resumen introductorio acerca de los orígenes y evolución del derecho de superficie, hasta la aprobación, en 1956, de la primera Ley del Suelo y Ordenación Urbana.

En segundo lugar estudiaremos el período que va desde 1956 hasta nuestros días. Esta época viene marcada por los siguientes acontecimientos de carácter normativo y jurisprudencial: la reforma del Reglamento Hipotecario —1959—, de esencial importancia para nosotros, habida cuenta de que en él se introdujeron los artículos 16 y 30 dedicados, respectivamente, a regular el derecho de superficie urbano y rústico; la aprobación, en 1976, del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que reforma, entre otras, la regulación prevista en materia de derecho de superficie; finalmente, la aprobación en 1992 de un nuevo TRLS, parcialmente vigente en la actualidad, tras la STC de 20 de marzo de 1997, que declara inconstitucionales gran parte de los preceptos de esta Ley, entre ellos, como ya hemos indicado, algunos relativos al derecho de superficie.

5. Para finalizar, debemos poner de manifiesto la escasa utilización que el derecho de superficie ha tenido y tiene en la práctica (18). La realidad social española no se presta al empleo de una figura que implica una propiedad limitada en el tiempo. El derecho de superficie se ha visto eclipsado por otras instituciones de mayor arraigo popular, como son el usufructo y el arrendamiento, que cumplen una finalidad similar y ofrecen, sin embargo, algunas ventajas sobre aquél (19). No hemos de olvidar que, si bien el superficiario es propietario, lo es de un bien que se va depreciando a medida que pasa el tiempo y se acerca el momento de la extinción del derecho sobre el que se asienta su derecho de propiedad. En cambio, el derecho de superficie ha gozado de cierto éxito cuando los Ayuntamientos u otras entidades públicas han recurrido a su utilización. Como veremos, con la concesión de este

(18) A este respecto, C. MARTÍN RETORTILLO —vid «El derecho de superficie según la Ley del Suelo», en *RCLJ*, 1963, II, pág. 754— puso de relieve cómo la función trascendental que había venido cumpliendo la institución superficiaria para procurar a la clase trabajadora un terreno para edificar o plantar se ha visto superada por las ventajas que ofrecen las organizaciones de crédito, que permiten adquirir el terreno.

(19) En relación con las ventajas que presenta el arrendamiento frente al derecho de superficie, vid. PRESA DE LA CUESTA, «Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria», en *Ponencias y comunicaciones presentadas en el VI Congreso de Derecho Registral*, t. I, Colegio de Registradores, 1985, pág. 640.

derecho se ofrece un servicio a la sociedad (se construyen mercados, viviendas de protección oficial, parkings...) y, además, el beneficio queda siempre en el municipio cuando opera la llamada «reversión» de lo edificado en su favor (20).

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE ANTES DE LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956: ANTECEDENTES HISTORICOS

1. En el derecho justiniano culmina el proceso que consagra al *ius superficiei* como un derecho real. El origen de esta figura se encuentra en las concesiones que hacían los magistrados a los banqueros para que construyeran sus *tabernae* en el foro, y ejercieran en ellas su actividad comercial (21). Esta práctica se extendió después a los municipios y a los particulares, comenzando a tener la institución una cierta autonomía. No obstante, estas relaciones se constituían como un arrendamiento (22), si se pagaba periódicamente un canon, o como una compraventa, si la prestación era única e inicial, asimilándose así dicho canon al precio (23).

La razón por la cual dichas relaciones no pasaban de ser meramente obligatorias residía en la fuerza del principio de accesión, expresado en la regla *superficies solo cedit*. En virtud de este principio, la transmisión de la propiedad de un edificio con independencia del suelo en que se erige, resultaba jurídicamente inviable.

2. El derecho de superficie carecía de sustantividad propia, lo que se revelaba insuficiente, habida cuenta de su empleo en la práctica. Los contratantes no querían las consecuencias que acarreaba un contrato de compraventa, ni les parecía suficiente la protección que otorgaba el contrato de arren-

(20) Vid., en relación con el derecho de superficie constituido por la Administración, MARTÍN DÍEZ-QUIJADA, «La cesión de solares por la Administración en régimen de derecho superficiario», en *RAP*, núm. 75, págs. 23 y sigs. Este autor señala que la institución superficiaria es la más idónea para que la Administración entregue terrenos para que las clases modestas puedan tener acceso a la vivienda. Además, pone de relieve que la cesión de terrenos de la Administración en derecho de superficie es la técnica más eficaz para contener el alza de los precios del suelo edificable —págs. 41 y 49—.

(21) Cfr. J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Ariel, 1985, págs. 367 y 368.

(22) Vid. *D. de superficiebus*, 43, 18 y *D. de danno infecto* 39, 2, 1, 18, pár. 4.º En este último se viene a establecer lo siguiente «El propietario de un terreno arrendado no deberá dar caución por el daño que pueda producir un defecto del terreno al arrendatario “superficiario”, que ha construido en él, ni el constructor superficiario al propietario del terreno, pues ya tienen el uno contra el otro las acciones del arrendamiento...»

(23) Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1948, pág. 225.

damiento (24). De ahí que el Pretor concediera al superficiario el interdicto *de superficiebus*, en los términos siguientes: «como era incierto si había acción de arriendo y resultaba mejor tener la posesión que reclamar con una acción personal, pareció más conveniente proponer este interdicto y ofrecer una acción como las reales» (D. 43, 19, 1, pár. 1).

3. En el análisis histórico del derecho de superficie hemos de preguntarnos en qué momento confluye con la enfiteusis. En primer lugar, existe un claro paralelismo evolutivo entre ambas figuras: el derecho de superficie pasa por una fase de relación obligatoria que se transforma en derecho real, y cumple en los inmuebles urbanos una función análoga a la de la enfiteusis en los rústicos (25).

La confusión del censo con la superficie se acentuó en la época de los glosadores. A este respecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ ha señalado que, según la *Glosa Ejus est ad*, 1.2 *D. de superficiebus* 41,18, el superficiario era dueño *no iure directo sino utiliter*; de donde se pasó a entender que el superficiario tenía el dominio útil sobre lo construido y el dueño del terreno, el dominio directo (26). De esta manera el derecho de superficie quedó subsumido dentro de la enfiteusis, si bien, había importantes elementos que los diferenciaban —vgr. la enfiteusis afecta tanto al suelo como a la superficie, mientras que el derecho de superficie sólo a esta última; en la enfiteusis el canon es sustancial, pero no en el derecho de superficie y, finalmente, que la superficie nace en las ciudades, mientras que la enfiteusis está pensada para las plantaciones, esto es, para la actividad agrícola— (27).

a) En nuestro ordenamiento, la integración del derecho de superficie dentro del marco enfiteutico se manifestó de una manera clara en la Ley 74 de Toro (28). Los comentaristas de esta Ley asimilaron al superficiario con

(24) Vid., nota anterior.

(25) Cfr. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Marcial Pons, 1992, págs. 234 y sigs.

(26) Cfr. *Estudios de Derecho hipotecario*., op. cit., pág. 228.

(27) Para un análisis de las posibles relaciones entre el derecho de superficie y la enfiteusis, vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., pág. 240; ROCA SASTRE, *Ensayo...*, op. cit., págs. 10 y 11, nota 6, FONT BOIX, *El derecho de vuelo y el de superficie...*, op. cit., págs. 27 y 28.

(28) «Cuando concurre en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propincuo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella, porque era comun, preférase en el dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente más propincuo». Esta Ley aparece incorporada en la Ley VIII, Libro X, Título XIII de la Novísima Recopilación. A dicha Ley se le añade, en nota, una Real Orden de 20-8-1757, que viene a referirse a un supuesto de derecho de superficie: «que siempre que cualquier dueño de las casas del Real Sitio de Aranjuez quiera vender alguna ó algunas, sea obligado a hacer saber a los oficios de dicho Real Sitio, para que, dando estos noticia de ello, pueda S. M. tomarlas por el tanto, como dueño del suelo en que están edificadas, y quando no las quiera, se tome la razon de la persona a quien se venden ó anagenan. »

el enfiteuta y lo consideraron titular del dominio útil (29). Por ello, como veremos a continuación, un importante sector de nuestra doctrina ha venido vinculando tradicionalmente el derecho de superficie a la enfiteusis, al entender que este derecho divide el dominio en útil y en directo, y otorga al superficiario o censuario el poder de libre disposición sobre la cosa mientras dura la superficie, dejando a salvo el derecho del propietario o censalista.

4. Antes de la aprobación del Código Civil, la Ley y el Reglamento Hipotecario hacían referencia al derecho de superficie. De acuerdo con el artículo 107.1.º LH, cabía hipotecar «El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecase por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado» (30). Además, el apartado 5.º de este precepto permitía hipotecar «Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad» (31). El primer apartado del artículo 107 ha desaparecido de su regulación actual, no así el apartado 5.º, si bien la última frase ha sido eliminada (32).

Por su parte, el RH, en su redacción de 1863 y 1870, venía a establecer que: «En toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantaciones a otra, se expresará con claridad esta circunstancia». De igual modo, este precepto ha desaparecido en posteriores reformas del RH (33).

(29) Cfr. SANCHEZ DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-literal a las 83 Leyes de Toro*, 2.ª ed., Madrid, 1852.

(30) Siguiendo a GALINDO DE VERA y DE LA ESCOSURA —vid. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1903, 4.ª ed., pág. 174—, este precepto se refiere al edificio construido previo contrato con el dueño del suelo por el que se reconozca que el dominio pertenece a la persona que costee su realización, contrato que, de acuerdo con estos autores, necesitaba ser inscrito para inscribir la hipoteca.

(31) GONZÁLEZ MARTÍNEZ —vid. *Estudios*, op. cit., pág. 258—, entiende que los supuestos contemplados en ambos apartados son distintos, refiriéndose el primero de ellos al juego de la accesión, sin presuponer la constitución de un derecho de superficie.

(32) Al hilo de esta frase, GALINDO DE VERA y DE LA ESCOSURA —*Comentarios*, op. cit., pág. 185— señalaban que la redacción del precepto resultaba «un tanto anfibiaológica» pues, como el hipotecante no grava la propiedad, no es preciso salvar los derechos de propiedad de ningún partícipe.

(33) Los primeros casos en que se discute acerca de un derecho de superficie los encontramos en varias resoluciones de la DGRN, dictadas en la última mitad del siglo pasado. La mayor parte de ellas se refieren a supuestos de superficie vegetal, entendiéndose necesaria para estos casos la previa inscripción registral de la finca para que se proceda a inscribir la venta del arbolado (en este sentido, RRDGRN de 12-6-1863, 23-3-1864, 4-11-1867, entre otras). Entre ellas, destacamos la Resolución de 2-10-1884, en la que se discute acerca de la naturaleza jurídica del contrato de terraje. La DGRN señala que, en la medida en que una persona tiene el dominio útil y otra el directo, existe censo enfiteutico y no consta de la voluntad de los contratantes que se limitaran a establecer un derecho de superficie.

5. Si bien las referencias al derecho de superficie en las normas hipotecarias podían augurar un tratamiento específico de esta figura en el Código Civil, lamentablemente, se obvió su regulación. Tan sólo existen en el Código Civil dos menciones directas al derecho de superficie: en la Base 26 («Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble») y, de acuerdo con ella, en el artículo 1.611 del Código Civil: «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial» (34). Así, con base en el artículo 1.611 del Código Civil, un sector de la doctrina (35) y la jurisprudencia (36) han entendido que el derecho de superficie era una figura análoga al censo enfiteútico. De ahí también que, según el parecer de este sector doctrinal (37) así como de la jurisprudencia (38), la atención que el Código Civil

(34) La referida norma se contenía en un RDL de 25-6-1926 y, posteriormente, en el RD de 23-8-1926, que aprobó el reglamento para su ejecución. Dicha regulación iba referida exclusivamente a los foros, sin que en ella se hiciera alusión específica al derecho de superficie.

(35) Entre otros, SÁNCHEZ-ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. III, 2.^a ed., 1900, pág. 699; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, 3.^a ed., 1925, págs. 545 y 546; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, 1968, pág. 384; BONET RAMÓN, «Comentario a la STS de 3-7-1941», en *RDP*, 1941, pág. 566; O'CALLAGHAN, «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XX, vol. 3, Edersa, 1982; ALBALADEJO, *Derecho civil, III. Derecho de bienes*, vol. 2.º, Bosch, 1994, 8.^a ed., pág. 218 y sigs.

(36) Vid. entre otras, STS 3-2-1896 (Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, 1896, vol. I, págs. 235 y sigs.); 4-7-1928 (Colección legislativa..., 1928, vol. 5, pág. 558 y sigs.); 26-6-1929 (Colección legislativa..., 1929, vol. 3, pág. 1078 y sigs.), y Resolución de la DGRN de 27-10-1947. A modo de ejemplo, esta última señala que «...en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las distintas opiniones doctrinales, debe considerarse la enfiteusis como figura similar del derecho de superficie, el cual debe ser construido, dadas sus escasas normas legales, de una manera semejante a aquélla y con arreglo a los preceptos que la rigen...» —vid. *Jurisprudencia registral*, 1947, II, pág. 163—.

(37) En cambio, GUILARTE —vid. *El derecho de superficie*, op. cit., págs. 169 y 170—, estima dudoso que el derecho de superficie quede dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.655 del Código Civil. Entre otros argumentos, GUILARTE considera que al referirse el Código Civil a gravámenes análogos al foro no alude al derecho de superficie, sino a otras instituciones como las rentas en saco. En este sentido se pronunciaba también SCAEVOLA, «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1915, pág. 563.

(38) En la famosa Sentencia de 3-7-1941 (R.A. 891), el TS viene a entender que el Código Civil, al acoger en el artículo 1.655 el derecho de superficie... «no quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia, anulando las características y el influjo del *ius superficie* en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho, sino que lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico del arrendamiento superficiario, señalando como normas aplicables la del contra-

dispensa al derecho de superficie termine con la referencia al artículo 1.655. En virtud de este precepto «Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteútico en la sección que precede. Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato» (39). Admitiendo que el derecho de superficie se encuentra entre los de naturaleza análoga a los foros, este derecho pasaría a regularse por las normas de la enfiteusis, si se hubiera constituido de manera indefinida, o por las del contrato de arrendamiento, si estuviera limitado temporalmente (40).

6. Finalmente y como antesala de la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo, debemos destacar la importante aportación doctrinal que supusieron los trabajos de GONZÁLEZ MARTÍNEZ (41), publicados en el primer cuarto de este siglo, que pronto encontraron eco en la doctrina de la

to originario y predominante en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano» (Considerando 4.º). En sentencias posteriores, el TS, sin hacer mención expresa al artículo 1.655 del Código Civil, ha vinculado el derecho de superficie a la relación arrendaticia, entendiéndolo que es algo más que un arrendamiento puro y simple. Es el caso de las STS de 5-2-1953 (R.A. 571), 26-10-1956 (R.A. 3414), 5-1-1967 (R.A. 73) y 15-6-1984. En definitiva, cabe decir que el TS ha venido asimilando el derecho de superficie a la enfiteusis o al arrendamiento, sin por ello dejar de reconocer que tiene una sustantividad propia.

(39) En la doctrina, GUILARTE ha entendido que, pese a su deficiente normativa legal, y dada la interpretación jurisprudencial de los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil, se puede proclamar la sustantividad de esta institución con anterioridad a la aprobación de la LS —vid. *El derecho de superficie, op cit*, pág. 170—.

(40) Por su proximidad al derecho de superficie, y en el esfuerzo de delimitar esta figura de otras que le son afines, debemos diferenciarla del arrendamiento *ad aedificandum*. Se trata de una modalidad arrendaticia que se caracteriza por la cesión en arrendamiento de un solar con la facultad aneja de edificar por parte y a costa del arrendatario, pactándose que al final del arrendamiento lo edificado revertirá al arrendador. Mientras dure el arrendamiento, el arrendatario puede usar y disfrutar de lo edificado. A la hora de deslindar ambas figuras, la doctrina ha entendido que en el derecho de superficie, el edificar es uno de los presupuestos del contrato, de modo que éste se realiza en contemplación de esa edificación. En consecuencia, habrá que estar a la voluntad de las partes para saber si se quiere constituir una relación arrendaticia compleja (arrendamiento *ad aedificandum*), o un derecho real de superficie —vid., a este respecto, GONZÁLEZ PORRAS, «La prescripción extintiva en Cataluña. Modalidades arrendaticias complejas. Los arrendamientos superficiales y el derecho de superficie», en *RJC*, 1972, págs. 131 y 132; DE COSSIO Y CORRAL, «El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, 1948, págs. 482 y 483—. Asimismo, véase la STS de 5-1-1967 (R.A. 73), que determina que no es arrendamiento el contrato por el cual el supuesto arrendatario adquiere un derecho de dominio sobre lo edificado sobre el suelo arrendado.

(41) Vid., «La extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1925, págs. 11 y sigs., *Estudios de Derecho hipotecario*, *op cit.*, pág. 223 y sigs.

época (42). De este autor no podemos pasar por alto la célebre y tan significativa expresión «casi es un epitafio», que emplea para describir lo que implica la referencia del artículo 1.611 del Código Civil al derecho de superficie (43).

Además de suponer un revulsivo para el estudio del derecho de superficie —hasta entonces prácticamente inexistente—, la principal contribución de estos autores fue poner de manifiesto la importancia que este derecho había alcanzado en otros países, sobre todo en Alemania, al convertirse en un importante instrumento para dar solución a problemas urbanísticos, particularmente los relacionados con la construcción de viviendas de precio tasado (44).

III. EL DERECHO DE SUPERFICIE TRAS LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956

1. INTRODUCCIÓN

La regulación del derecho de superficie en la primera LS de 12-5-1956 y, posteriormente, la contenida en el RH, tras su reforma por Decreto de 17-3-1959, tuvieron una doble virtud. En primer lugar, la de hacer del derecho de superficie un derecho real típico, viniendo así a colmar una importante laguna legal existente en nuestro derecho positivo (45). En segundo lugar, la de introducir en nuestra legislación un derecho de superficie de corte moderno, en cuanto lo aleja de las figuras censuales. Esta concepción del derecho de superficie encuentra sus orígenes en el derecho comparado. Así lo reconoce

(42) Siguiendo la línea trazada por GONZÁLEZ MARTÍNEZ, VIÑAS MEY reitaba cómo él mismo había contribuido a que, por vez primera en nuestro país, un Ayuntamiento (el de un pueblo de Badajoz) otorgase a unos particulares un derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad a fin de que se construyeran treinta casas baratas, limitándose temporalmente este derecho a un plazo de cuarenta años. Vid., «Nuevos tipos sociales de propiedad», en *RCDI*, 1926, pág. 25 y sigs.; «El derecho de superficie y el problema de la vivienda en España», en *RCDI*, 1929, pág. 431 y sigs.

(43) *Estudios de Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 221

(44) Dentro del ámbito administrativo, algunas normas habían aludido al derecho de superficie, si bien, como era de esperar entonces, bajo el manto de los censos o del arrendamiento a largo tiempo. Tal es el caso del artículo 41 del Decreto-ley de casas baratas de 10-10-1924, que prevé que el Estado y otras entidades públicas puedan arrendar, vender, o *dar a censo* los terrenos de su propiedad que sean adecuados para la construcción de dichas casas; el Decreto de 8-9-1939, que hace referencia a los titulares de un derecho de superficie o arrendamiento de terrenos municipales por un plazo mayor de cincuenta años.

(45) Cfr. Díez-Picazo, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, marzo-abril de 1976, pág. 296. Por lo que respecta a la acuciante necesidad de llenar ese vacío legal, vid. BONET RAMÓN, «Comentario a la STS de 3 de julio de 1941», op. cit., pág. 568.

nuestro legislador en la Exposición de Motivos de la LS de 1956, al expresar lo que sigue:

«La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario...» (46)

Por ello, debemos conocer, siquiera sea de forma sucinta, cómo se configuraba el derecho de superficie en los países de nuestro entorno, cuya experiencia pudo servir al legislador a la hora de regular el derecho de superficie en la LS.

- a) En el *Derecho alemán*, la Ordenanza de 15-1-1919 estableció una reglamentación detallada para el derecho de superficie, derogando los § 1.012 a 1.017 del *BGB* que hasta entonces lo regulaban (47). Según NUSSBAUM (48), la finalidad que perseguía el legislador con esta norma era ofrecer a los municipios y a otras corporaciones públicas, un recurso para colonizar y urbanizar parte de sus propiedades mediante concesión a los superficiarios (49). Así —prosigue este autor—, las corporaciones públicas, al no enajenar sus terrenos, se beneficiarían del aumento de valor que éstos experimentasen, en vez de que quedasen en manos de los especuladores, con el consiguiente aumento del precio de la vivienda. En relación con la duración de este derecho, y aún cuando en la Ordenanza de 1919 no se establece una limitación temporal, WOLFF señalaba que, en la práctica, únicamente existían derechos de superficie a término (entre cincuenta y cien años) pues, en su opinión, sólo un derecho de superficie limitado en el tiempo podía servir para evitar la especulación de los terrenos (50).

(46) Asimismo, la Resolución de la DGRN de 27-10-1947, a la que ya hemos hecho referencia, pone de manifiesto cómo este derecho ha sido utilizado en el Derecho comparado como instrumento de política social, a fin de atenuar el problema de la habitación. Como ejemplo señala el Derecho suizo, austríaco y, principalmente, el alemán.

(47) De acuerdo con el § 1 de la referida Ordenanza, que resulta ser una copia exacta del § 1012 del *BGB*, «Una finca puede ser gravada de modo que a la persona favorecida por la carga le corresponda el derecho transmisible y heredable de tener sobre o bajo la superficie una construcción». Vid., a este respecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 286

(48) *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, trad. Roces, Madrid, 1929, pág. 140.

(49) Como precedente de la citada Ordenanza, la doctrina menciona la Ley austríaca de 26-4-1912, que, según señala GONZÁLEZ MARTÍNEZ, sirvió para dar un paso importante en la solución de los problemas de vivienda —vid. *Estudios*, op. cit., pág. 283—. Entre los rasgos más importantes del régimen que esta Ley estableció debemos destacar el carácter temporal del derecho de superficie, si bien cabía la renovación y la prórroga del mismo.

(50) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil, Derecho de cosas*, trad. española de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Bosch, 1971, pág. 7.

- b) En cambio, en el *Derecho francés*, el Código Civil no contempla el derecho de superficie. El derecho de superficie era una institución feudal, un ejemplo más de la división de los dominios y, por lo tanto, no podía tener cabida en el Código napoleónico, que participa de los principios revolucionarios. Tanto el derecho de superficie como la enfiteusis —que tampoco aparece en el Código Civil francés— formaban parte del amplio elenco de *iura in re aliena* de origen feudal, que implicaban una grave limitación del derecho de propiedad. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han admitido esta figura. La posibilidad legal de constituir un derecho de superficie se encuentra en el artículo 553 del Código Civil que *presume* que todas las construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno pertenecen al propietario. En el Derecho francés, la superficie se concibe como una propiedad inmobiliaria, de donde resulta que es perpetua por naturaleza, como lo es la propiedad en general. No obstante, la doctrina reconoce que los casos en que la superficie tiene importancia práctica se presenta como un carácter esencialmente temporal. Estos son los casos del arrendamiento con permiso de construir (*Bail avec permission de bâtir*), en que el arrendatario realiza construcciones sobre el terreno arrendado, que serán de propiedad éste mientras dure el arrendamiento (51).
- c) Por su parte, en el *Derecho italiano*, el Código Civil de 1865, que tomó como modelo el Código napoleónico, tampoco reconoció expresamente el derecho de superficie. Sin embargo, la doctrina (52) entendía que éste tenía cabida en su ordenamiento a través del artículo 448 del Código Civil, que presumía que toda construcción, plantación u obra era propiedad del dueño del terreno. En cambio, el Código Civil de 1942 vino a establecer una minuciosa regulación de la institución superficiaria. Así, de acuerdo con el artículo 952, «*El propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción en favor de otro, que no adquiere la propiedad. Igualmente, puede vender la propiedad de la construcción ya existente, de forma separada a la propiedad del suelo*». Por su parte, el artículo 953 admite que este derecho puede ser perpetuo —«*si la constitución del derecho de superficie se hace por un tiempo determinado...*», sanciona este precepto—. La posibilidad de que el derecho de superficie no se constituya con carácter temporal ha sido

(51) Vid., entre otros, PLANIOL, RIPERT, PICARD, *Traité pratique de Droit civil*, t. III, LGDJ, 1952; MAZEAU-MAZEAU, *Leçons de Droit civil*, t. 2, vol. 2, Montchrestien, 1989, págs. 112 y 113; MARTY, «El derecho de superficie en relación con la planificación urbana», en *RDU*, 1972, págs. 29 y sigs.

(52) SALIS, *La proprietà superficiaria*, Cedam, 1936, pág. 49 y sigs.

objeto de crítica por parte de la doctrina italiana, al entender que lo normal es convertir el derecho de superficie a término (53). Precisamente, con base en el artículo 953 del Código Civil, se ha entendido que las condiciones y estructura del derecho de superficie son más que nunca propicias a su eventual temporalidad, convirtiéndose en un supuesto de propiedad temporal (54).

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LAS SUCESIVAS LEYES DEL SUELO

2.1. *Introducción*

1. Para determinar con qué alcance regulan el derecho de superficie las sucesivas Leyes del Suelo, debemos conocer cuál es la finalidad que persigue el legislador con esta figura. A este respecto, no deja de ser significativa la ubicación legal que recibe en ellas el derecho de superficie. Tanto en la LS de 1956, como en el TRLS de 1976, este derecho se contenía en la sección tercera del Capítulo 1.º (Fomento de la edificación) del Título 4.º (Ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo). Distinta es, en cambio, la que le confiere el TRLS de 1992, al contemplar esta institución junto con el patrimonio municipal del suelo, dentro del Título VII, relativo a la intervención del mercado del suelo (arts. 287 a 290). Esta es una de las cinco actividades urbanísticas que corresponde realizar a la Administración pública [art. 3.5.b) del TRLS, declarado inconstitucional]. De ahí que esta competencia urbanística le confiriese la facultad de establecer derechos de superficie sobre terrenos edificables de su propiedad. Ahora bien, si tal era el objetivo que debía perseguir la Administración al hacer uso de este derecho (intervenir en la regulación del mercado del suelo), ninguna limitación se observa para su empleo por parte de los particulares (55).

2. Por su parte, en la E. de M. de la Ley de 1956, el legislador manifestaba que todos los preceptos de la Ley estaban encaminados a promo-

(53) Vid., en este sentido, BALBI, *Il diritto di superficie*, Giappichelli ed., 1947, pág. 159.

(54) Vid., BARASSI, *Proprietà e Comproprietà*, A. Giuffrè ed., 1951, pág. 93.

(55) El artículo 287.1, precepto de aplicación supletoria, y derogado tras la STC de marzo de 1997, establecía lo siguiente: «Las entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario». En cambio, el apartado 2.º de este precepto, que permanece en vigor, establece lo que sigue. «El mismo derecho asiste a los particulares sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior».

ver y facilitar la construcción mediante la puesta a disposición de solares, como resultado esperado de la ordenación del suelo y la ejecución de las urbanizaciones. Entre las medidas que se adoptaron a tal fin se encontraba el derecho de superficie. Por ello, la doctrina entendió que el ámbito de aplicación del derecho de superficie contenido en los artículos 157 y siguientes de la LS de 1956 era el de los terrenos urbanísticamente ordenados, particularmente, y siguiendo la letra de la Ley (art. 157.1), mediante los Planes de ordenación urbana. La referencia a los Planes de ordenación permaneció en el TRLS de 1976 —art. 171.1—, pero fue eliminada en el TRLS de 1992 —art. 287— (56).

De este modo, a partir de la LS de 1956, un importante sector de la doctrina ha encontrado en la referencia a los Planes de ordenación uno de sus principales argumentos en favor de la existencia de una modalidad urbanística y de una modalidad urbana común del derecho de superficie: los derechos de superficie constituidos en terrenos que no estén ordenados por los planes urbanísticos no quedarán sujetos a la LS (57). Además, el sector doctrinal que desde entonces comenzó a entender que existían dos modalidades del derecho de superficie urbano (la urbana común y la urbanística), ha contado con otros argumentos en apoyo de su interpretación. Por un lado, el hecho de que la legislación urbanística no contemplara el supuesto en que el derecho de superficie se constituye sobre edificaciones preexistentes. Por otro, el que el legislador parecía reconocer la existencia de un derecho de superficie civil, al hacer remisión a las normas de Derecho privado para su aplicación subsidiaria (arts. 157.3 LS, 171.2 TRLS de 1976 y 287.3 TRLS de 1992, a cuyo tenor, «El derecho de superficie... se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado»). Finalmente, el principio de *numerus apertus* de derechos reales, y la aplicación en esta materia del artículo 1.255 del Código Civil, ha llevado a mantener que los particulares pueden establecer un derecho de superficie al margen del reglamentado en la legislación urbanística.

Veamos ahora cada uno de ellos por separado.

(56) Artículo 157 LS de 1956: «El Estado, las entidades locales y demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario». Por su parte, el artículo 171.1 del TRLS de 1976 reproduce, de modo casi literal, el precepto que acabamos de enunciar.

(57) Vid., entre otros, MEZQUITA DEL CACHO, «El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956», en *RDP*, 1957, II, pág. 754; ROCA SASTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, nota 8, pág. 14; GUILARTE, *El derecho de superficie*, *op. cit.*, pág. 178; ALBALADEJO, *Derecho civil III*, *op. cit.*, pág. 220.

2.2. *La existencia de Plan de ordenación como presupuesto para la aplicación de las normas contenidas en la Ley del Suelo en materia de derecho de superficie*

1. Tanto la LS de 1956 como el TRLS de 1976 regulaban el derecho de superficie para la construcción de edificaciones *determinadas en los Planes de ordenación*. Esta expresión resulta extraordinariamente confusa. Con base en ella, ALBALADEJO ha defendido que la legislación urbanística sólo se aplica a los derechos de superficie que se constituyan *dentro de los Planes de ordenación* (58); con lo que quizá se quiere significar que si el municipio en cuestión carece de Plan, no se produce el supuesto previsto por el legislador urbanista para que entren en juego sus normas. O, de otro modo, que aun existiendo Plan, si la edificación no se encuentra determinada en él, igualmente, la regulación del derecho de superficie contenida en la LS no resulta aplicable. Este argumento fue precisamente utilizado por la Audiencia Territorial de Barcelona, en el famoso Auto de 3 de marzo de 1967, que vino a conocer del «caso Puigvert» (59). En el cuarto Considerando, la Audiencia señala lo siguiente:

«Que es indudable la dualidad de regímenes del Derecho positivo patrio en cuanto al tratamiento del derecho de superficie, de un lado, como figura general, de carácter ordinario o común, en lugares o eventos ajenos a Planes de Ordenación, e incluso donde tales Planes existan, sometido al tratamiento dimanante del conjunto de normas del Código Civil que le son atinentes y, de otro, la modalidad superficiaria de carácter y finalidad urbanística a los solos fines de construcción de viviendas u otras edificaciones previstas en los Planes de ordenación urbana, regida por la Ley del Suelo».

A lo que se añade en el octavo Considerando:

«Que convenido... la creación de un derecho real de superficie... que ha de constituirse sobre una finca sita en esta ciudad... y sin que la construcción del conjunto arquitectónico fundacional esté determinado en un Plan de Ordenación Urbanístico se infiere la viabilidad legal de la inscripción en el Registro de la Propiedad».

(58) Vid. *Derecho civil III, op. cit.*, pág. 220.

(59) «El Hospital de la Santa Cruz y San Pablo» constituyó en favor de la «Fundación Puigvert» un derecho de superficie sobre una parcela urbana, sita dentro del casco urbano de la ciudad de Barcelona. El fin que se pretendía con la concesión de este derecho era la construcción de un conjunto de edificios, instalaciones y jardines, que sirvieran a los fines de la Fundación. El problema se planteó porque el derecho de superficie se confería de manera indefinida, mientras los edificios no fueran declarados en ruina. A ello se opuso el Registrador —vid. FUENTES LOJO, «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación (Comentario a una importante decisión judicial)», en *RJC*, 1967, págs. 560 y sigs.

Ello nos lleva a plantear en qué medida la aplicación de la LS se vincula a la existencia de un Plan de ordenación urbana (a) y, de otro lado, qué puede querer significar la expresión «construcciones o edificaciones determinadas en los Planes de ordenación» (b).

a) 1. Desde la primera Ley del Suelo, la base de la ordenación urbana es el Plan. Para el legislador, la aprobación de los Planes implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos. De ahí que, como sabemos, todos los preceptos de la LS de 1956 tiendan a promover y facilitar la construcción mediante la disponibilidad de solares a precio justo, siendo el destino natural de estos solares el de construir soporte de las edificaciones levantadas conforme a los Planes. Para conseguir tal finalidad, la LS de 1956 pretende planificar todo el territorio nacional (art. 1) (60), y consciente de que había de pasar mucho tiempo hasta que ese objetivo se hiciera realidad, y a fin de evitar que la acción constructora quedase mientras tanto paralizada, prevé la aprobación de Normas Subsidiarias de Planeamiento (arts. 57 a 60). Así, por ejemplo, en los municipios carentes de Plan (61), el suelo se clasificaba en urbano y rústico (art. 66) aplicando al primero prácticamente el mismo régimen que el del suelo urbano delimitado por un Plan municipal de ordenación. De ahí que, al igual que en los municipios con Plan, cuando una parcela mereciese la calificación de solar (art. 63), recaía sobre los propietarios el deber de edificarlo, en última instancia, y a falta de que éste no se hubiera determinado en el plazo establecido en la propia LS (art. 142).

2. De acuerdo con lo anterior, resulta justificado que el legislador, al regular el derecho de superficie, lo hiciese pensando en los Planes de ordenación, sobre los que vertebra toda la LS. Desafortunadamente, las expectativas del legislador no se cumplieron. Más de diez años después de la aprobación de la LS de 1956, muchos municipios carecían de planeamiento y, lo que es peor, la inmensa mayoría de ellos estaban desprovistos de Normas Subsidiarias de planeamiento (62). Por esa razón, en la Ley de reforma de la LS de 1975 se introdujeron como novedad los Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano (63). Con todo, son muchos los municipios que han carecido

(60) Por ello, establece unos plazos para que todos los municipios españoles elaboren los Planes provinciales y municipales, diferenciando, a este respecto, los que sean capitales de provincia o de más de cincuenta mil habitantes, del resto (art. 29).

(61) Para GARCÍA DE ENTERRÍA, aparte de la previsión de aprobación de normas subsidiarias, la Ley impone por de pronto, normas subsidiarias inequívocamente tales a través de sus normas de régimen del suelo, como es el caso del artículo 66 —vid. «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo», en *ADC*. 1958, pág. 491—.

(62) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, ed. BOE, 1968, págs. 70 y 71.

(63) Los PDSU se contenían en el artículo 81 del TRLS de 1976 y, posteriormente, en el también artículo 81 del TRLS de 1992. Este último precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC de 1997, recobrando vigencia, con carácter supletorio, el

y carecen de este instrumento de ordenación, resultando entonces de aplicación los criterios legales establecidos en la legislación del suelo como normas de directa aplicación (64). En consecuencia, la inexistencia del Plan General y de Normas Subsidiarias no implica en modo alguno la falta de ordenación urbanística de un municipio (65), ni de la consiguiente intervención administrativa en todo tipo de edificaciones que en él se pretendan realizar. De ahí que entendamos que la aplicación de las normas prevista en la legislación del suelo en relación con el derecho de superficie no depende de la existencia de Plan de ordenación o de Normas Subsidiarias de planeamiento (66).

3. Habida cuenta de la finalidad que persigue el legislador urbanista al introducir entre sus normas una regulación del derecho de superficie, cabría entender que tal normativa sólo resulta aplicable en aquellos casos en que la utilización de esta figura persiga fomentar la edificación (67). Desde esta perspectiva, se podría pensar que tal propósito se cumple cuando se constituye un derecho de superficie para edificar en suelo urbano, o en suelo urbanizable. En cambio, tal finalidad decaería si se pretende construir en suelo no urbanizable (68).

citado artículo 81 del TRLS de 1976. En virtud de este artículo, en los municipios carentes de Plan General Municipal de Ordenación, el territorio se clasificará en suelo urbano y suelo no urbanizable. Los apartados 2.º y 3.º del artículo 81 determinan, a tales efectos, qué constituye suelo urbano y, por defecto, qué ha de considerarse como suelo no urbanizable. Para un análisis de esta figura, vid. MUÑOZ MAROTO, *El planeamiento urbanístico en los pequeños municipios. Los Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano*, Abella, 1984, pág. 45 y sigs.

(64) Como normas de directa aplicación, en la situación jurídica actual, cabe entender, entre otras, el artículo 74 TRLS de 1976 (el art. 139 ha sido declarado inconstitucional por la STC de 1997), el artículo 81 TRLS de 1976 (igualmente, el art. 81 del TRLS de 1992 se ha declarado inconstitucional).

(65) Vid., entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, Civitas, 1981, pág. 399; LASO MARTÍNEZ —vid. «El derecho de superficie en el ámbito urbanístico», *op. cit.*, pág. 523—. Para este autor, el hecho de la planificación resulta intrascendente, entendiéndose que la referencia de la LS a los Planes de ordenación no tiene otro sentido que el servir de motivación para incluir la regulación del derecho de superficie en una Ley especial.

(66) Otra interpretación, que no compartimos, es la que mantiene DE LA IGLESIA MONJE —vid. *El derecho de superficie*, *op. cit.*, pág. 116—. En su opinión, la desvinculación del derecho de superficie del planeamiento da lugar a entender que cabe constituir un derecho de superficie no sometido a las normas de la Ley del Suelo.

(67) La E. de M. del Proyecto de Ley de reforma de la LS de 1975, señala que esta figura «... Representa también un estímulo para los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés». Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*. 5-12-1972, núm. 1242.

(68) El artículo 173.1 del TRLS de 1976 parecía abonar esta interpretación. En virtud de este precepto, «El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo

Un sector de la doctrina ha apuntado en esta dirección. Para ROCA-SASTRE MUNCUNILL (69), sólo cabe constituir un derecho de superficie distinto del configurado en la LS, en la medida en que esta Ley lo permita, según las clases de suelo. Así, en su opinión, tal posibilidad estaría vetada en suelo urbano y urbanizable, mientras que en suelo no urbanizable, la Ley no parece impedirla. De otro modo, RODRÍGUEZ GARCÍA ha entendido que, cuando se trate de construcciones destinadas a vivienda o similar, resultará de aplicación la LS, con independencia de la clase de suelo en que se construya; en cambio, cuando se trate de construcciones de tipo agrícola o similar (tales como graneros o silos), o de plantaciones, la normativa aplicable será el Código Civil (70).

Lo cierto es que el hecho de que los terrenos clasificados como no urbanizables no puedan ser destinados a fines distintos de los permitidos en la ley (agrícola, forestal, ganadero —art. 20.1 de la Ley 6/1988, sobre régimen del suelo y valoraciones—, o viviendas unifamiliares en determinadas condiciones —art. 85 del TRLS de 1976, actualmente en vigor, con carácter supletorio (71)—, no impide, como ha señalado GONZÁLEZ PÉREZ, que una utilización racional de los mismos pueda incluso llegar a imponer que se proceda a edificar en ellos (72). Así lo ha reconocido también la jurisprudencia, como

previsto en el Plan, o en el convenio, si fuera menor» Por su parte, el artículo 154 establecía que «El propietario de solares, según el artículo 82, deberá emprender la edificación dentro del plazo fijado en el Plan...» Como podemos observar, de la interpretación conjunta de estos preceptos cabe entender que el Plan determina un plazo para edificar pero sólo, y en buena lógica, en suelo urbano, donde se encuentran los solares. Y esto es lo que tenía en mente el legislador en el artículo 173.1 del TRLS de 1976. En cambio, el actual artículo 289.1 previene que «El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley».

(69) *Derecho hipotecario*, op. cit., págs. 481 y 482.

(70) Vid «Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del derecho de superficie», en AC. 1988, II, pág. 2946.

(71) El artículo 16 del TRLS de 1992 ha sido declarado parcialmente inconstitucional (en su apartado 3.º). En su defecto ha recobrado vigencia el artículo 85 y el artículo 86 TRLS de 1976, que se aplicarán con carácter supletorio. Del tenor de ambos preceptos se desprende que en suelo no urbanizable no se podrán realizar otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas..., pudiéndose asimismo autorizar, entre otras edificaciones, la construcción de edificios aislados destinados a vivienda familiar en los lugares en que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población.

(72) «Comentario al artículo 15 TRLS», en *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, t. I, Civitas, 1993, pág. 176; ORTEGA GARCÍA, «Utilización urbanística del suelo no urbanizable», en RDU, núm. 75, pág. 37. Téngase en cuenta la importancia que tienen las construcciones en suelo rústico en determinadas CC AA. Tal es el caso de Baleares, que cuenta con una norma reciente en la materia —Ley de regulación del suelo rústico de 8-7-1997—, en cuya E. de M. se reconoce que la mayor parte del territorio balear es suelo rústico y que se encuentra en la actualidad afectado a usos residenciales, turísticos y de servicios. Lo mismo cabe decir de la Comunidad Valenciana —Ley 5-6-1992—, reguladora del suelo no urbanizable, que reconoce igualmente la im-

sucede en el caso de la STS de 15-2-1991 (73). Por ello, en las edificaciones realizadas en suelo rústico, urbanísticamente permitidas, nada obsta que el derecho de superficie que se constituya se encuentre sometido a los postulados del propio TRLS de 1992.

En conclusión, entendemos que las normas relativas al derecho de superficie contenidas en las sucesivas Leyes del Suelo son de aplicación al derecho de superficie constituido entre particulares para realizar una edificación. Y ello, con independencia del tipo de suelo sobre el que se construya y de la existencia o no de Planes de ordenación (74).

b) 1. Por último, queda hacer referencia a la exigencia de que la construcción o edificación se encuentre, además, determinada en los Planes de ordenación. Esta expresión puede llevar a pensar, como así ha sucedido, que sólo las construcciones específicamente previstas en los Planes podrán regirse por las normas de la LS. Y los Planes, más que prever o determinar edificaciones, *permiten*, como veremos seguidamente, que una edificación se lleve o no a cabo en un terreno determinado.

2. En suelo urbano, por ejemplo, la Ley de 1956 ya exigía que los Planes generales de ordenación urbana estableciesen, entre otras previsiones, la división del territorio en zonas y el destino de cada una según las necesidades —art. 9.1.a)—, dejando para los Planes parciales la «reglamentación del uso de los terrenos, en cuanto a volumen, destino y condiciones sanitarias y estéticas de las construcciones...» —art. 10.1.e)—. Posteriormente, el TRLS de 1976 disponía en su artículo 12 que en suelo urbano los Planes Generales debían contener, entre otras determinaciones, la asignación de usos pormenorizados correspondientes a las diferentes zonas [art. 12.2.1.b)], y la reglamentación detallada de ese uso pormenorizado y demás condiciones de la edificación [art. 12.2.1.f)]. A su vez, el artículo 21.1 del TRLS de 1992 y el actual artículo 19.1 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, han venido a señalar que «Los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos, efectivamente, al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico...»

portancia que tradicionalmente ha tenido la construcción de viviendas familiares en el medio rural valenciano.

(73) (R.A. 956). El FD 2.º establece lo siguiente: «...esta utilización puede exigir en ocasiones la realización de construcciones e incluso de viviendas. Cuando es así, cuando la propia dinámica de la utilización racional del suelo rústico demanda una construcción, la legislación urbanística ha de permitirla».

(74) A este respecto, PRATS ALBENTOSA —vid. (LÓPEZ LÓPEZ y MONTES PENADÉS, coord.) *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo Blanch, 1994, pág. 596—, señala en relación con el derecho de superficie urbano que se encontrará sometido, en todo caso, a la legislación urbanística (TRLS, sus reglamentos de ejecución y los Planes municipales), «puesto que tales normas contemplan el modo en cómo se adquiere el *ius aedificandi* de inmuebles, sea en suelo urbano, sea en suelo no urbanizable».

Ahora bien, ¿cómo se definen los usos? Por poner un ejemplo, el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 (75) señala que, en una zona determinada (la cinco, para edificación en bloques abiertos), el uso característico es el residencial, estableciendo además, como usos compatibles, el industrial —en situación de planta baja—, servicios terciarios, uso admisible en todas sus categorías siempre que respeten determinadas situaciones —planta baja o inferior, etc.— y, finalmente, el uso dotacional (cap. 8.5 del referido Plan). Como observamos, aunque esta zona tenga como característico el uso residencial, nada obsta que, además, se pueda realizar cualquier otro tipo de construcción, siempre que se respeten las limitaciones de uso, ubicación, altura y demás establecidas en el Plan. En consecuencia, lo importante es que el Plan o las normas urbanísticas aplicables en su defecto, *permutan* la construcción. De no ser así, sencillamente, el particular no obtendrá licencia para llevarla a cabo.

2.3. *El derecho de superficie sobre edificaciones preexistentes*

1. La LS sólo contempla el derecho de superficie con derecho anejo de construir, criterio que ha sido mantenido en las sucesivas LS —art. 171 TRLS de 1976 y 287 TRLS de 1992—. De acuerdo con estos preceptos, los entes públicos y los particulares podrán constituir el derecho de superficie *con destino a la construcción de viviendas* u otros usos. La razón por la cual el legislador sólo se interesó por la llamada modalidad edificatoria del derecho de superficie, se justifica plenamente a la luz de los fines que se persiguen con el empleo de esta institución. Como sabemos, el derecho de superficie fue rescatado del olvido porque el legislador se percató de que esta institución, de rancio sabor feudal, y en claro desuso, podía servir para paliar los problemas acuciantes de la vivienda (76). En este contexto no debe extrañar que fuera la Ley del Suelo la que viniera a ocuparse de esta institución. En la medida que el RH desarrolla la regulación contenida en la LS de 1956, éste se ocupa exclusivamente de la llamada modalidad edificatoria del derecho de superficie (art. 16) (77).

2. Cuestión distinta es determinar si en nuestro Derecho cabe o no constituir un derecho de superficie sobre edificaciones ya realizadas y, en su caso, cuál sería la normativa aplicable. A este respecto, la doctrina se ha mostrado dividida:

(75) Aprobado por Orden de 17 de abril de 1997, BOCM de 19 de abril de 1997.

(76) En este sentido, C. MARTÍN RETORTILLO, *El derecho de superficie según la Ley del Suelo*, *op. cit.*, pág. 755.

(77) Artículo 16.1 RH: «Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en el suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos..»

- a) Para ROCA SASTRE, esta posibilidad resulta inadmisibles en el Derecho español, en la medida en que éste «sólo ha pensado» en el derecho de superficie edificatorio (78). Este autor descarta, además, que fuera del soporte superficiario (o del sistema de propiedad por pisos o locales) pueda tener cabida en nuestro ordenamiento la propiedad separada, que surgiría cuando dos personas diferentes fuesen propietarias, respectivamente, de un edificio y del suelo sobre el que se asienta (79).
- b) En cambio, un amplio sector doctrinal se ha mostrado partidario de admitir la modalidad no edificatoria del derecho de superficie.

Desde la aprobación de la LS, MEZQUITA (80) aceptó la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre edificios ya construidos, recurriendo a la aplicación analógica de las normas establecidas en la LS para colmar la laguna legal que se producía al respecto.

Otros autores, en cambio, argumentaron que tal modalidad era posible, dada la remisión de la LS a las normas del Derecho privado (81). En esta línea, GUILARTE (82) ha admitido que el derecho de superficie puede constituirse sobre una edificación preexistente. En su opinión, para que aparezca el fenómeno superficiario basta con que el titular del suelo y el edificio enajene separadamente ambos elementos; lo que sucede —dice este autor— es que no se habrá constituido un derecho de superficie en la modalidad urbanística. A juicio de GUILARTE, este derecho de superficie sería una manifestación de la modalidad común y quedaría al amparo de las normas de Derecho común (Código Civil).

Por su parte, también los autores que mantienen una concepción unitaria del derecho de superficie han defendido la posibilidad de

(78) *Ensayo...*, op. cit., pág. 34. También DE LA RICA, al comentar el artículo 16 RH mantuvo que sólo puede constituirse el derecho de superficie con la finalidad de realizar construcciones —vid. *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1959, pág. 31—

(79) La idea dominante en la doctrina es que las excepciones al principio *superficies solo cedit* que se contiene en el artículo 358 del Código Civil, tienen lugar por dos vías: o bien cuando cabe entender que se ha producido una accesión invertida, o bien mediante las instituciones o pactos que mantienen separadas la propiedad del suelo y del vuelo. Y, en nuestro Derecho, tal paralización se encauza a través de dos figuras reguladas por la Ley: la propiedad superficiaria y la propiedad horizontal —vid., entre otros, SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1971, II, pág. 923 y sigs.; ALONSO PÉREZ, «Comentario al artículo 358 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 1, Edersa, 1990, pág. 336—.

(80) *El derecho real de superficie...*, op. cit., pág. 761.

(81) Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, Murcia, 1963, pág. 67.

(82) *El derecho de superficie*, op. cit., págs. 175 y sigs. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil III*, op. cit., pág. 219

constituir un derecho de superficie sobre una edificación ya existente, interpretación que nosotros compartimos (83). Así, para DE LOS MOZOS (84), con base en el propio artículo 157 LS podrá constituirse no sólo un derecho de superficie para edificar, sino también para conferir al superficiario la propiedad de lo edificado, pues quien puede lo más, puede lo menos. Realizar una interpretación literal de la LS y del RH, concluye este autor, «sería realmente ridículo».

En esta línea, BENAVIDES ha entendido que el carácter imperativo de las normas contenidas en la LS y el RH permite que las partes puedan acordar un derecho de superficie no edificatorio (85). En su opinión, este supuesto es posible desde el punto de vista conceptual, y válido partiendo de una interpretación razonable de nuestro ordenamiento jurídico. A su juicio, la estructura interna del derecho de superficie legalmente configurado en aquellas normas, y el principio general de la libertad de pactos derivado del artículo 1.255, aplicable restringidamente en este caso, fundamentarían su admisión.

- c) Finalmente, y con una interpretación que no ha gozado de predicamento en la doctrina, GULLÓN (86) ha encontrado en el artículo 16.1.a) del RH el fundamento para admitir el derecho de superficie sobre una edificación existente. De acuerdo con este precepto, «lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, *salvo pacto en contrario*». Para GULLÓN, esta expresión admite, entre otros, el pacto de otorgar separadamente la titularidad del suelo y del edificio, extinguido ya el derecho de superficie. De ahí que, según este autor, nuestro Derecho admita la propiedad separada simple que no deriva de un derecho de superficie (87).

(83) A la Administración también puede resultarle útil conceder un derecho de superficie sobre una edificación —v.gr., cuando se trate de la prestación de un servicio público—. En este sentido, LASO MARTÍNEZ —vid. «El derecho de superficie en el ámbito urbanístico», en *Ponencias y Comunicaciones en el VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario*, cit., pág. 534—.

(84) *El derecho de superficie*., op. cit., pág. 244.

(85) Vid. «El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *RCDI*, 1992, pág. 1250.

(86) «El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española», en *RJC*, 1960, pág. 230 y sigs.

(87) En cambio, DE LA RICA —vid. *Comentarios*, op. cit., pág. 33— manifestaba que «el pacto en contrario» admitía un amplio abanico de posibilidades entre las que no reconocía el establecer una propiedad separada cualquier posibilidad que resultaría contraria a la Ley.

2.4. *El carácter de Derecho privado de la regulación del derecho de superficie en la legislación del suelo*

1. La referencia que las sucesivas Leyes del Suelo han venido haciendo al Derecho privado plantea dos problemas. El primero, conocer cuáles son esas normas de Derecho privado que resultan de aplicación supletoria a la regulación contenida en la LS (a). El segundo, dando un paso más, determinar si la propia normativa destinada a regular el derecho de superficie en la legislación del suelo es o no Derecho privado (b).

a) 1. Desde la Ley del Suelo de 1956 se ha venido estableciendo que el derecho de superficie debía regirse por las disposiciones contenidas en la legislación del suelo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado —arts. 157.3 LS 1956, 171.2 TRLS de 1976, y 287.3 TRLS de 1992— (88).

En la doctrina inmediatamente posterior a la aprobación de la Ley, MEZQUITA DEL CACHO puso de manifiesto que tal régimen no existía, debiéndose acudir por procedimiento analógico a otras figuras como los censos, «siempre que aparezca clara una verdadera identidad de razón normativa» (89). Incluso, este autor propuso aplicar supletoriamente la regulación contenida en la LS en los casos de derecho de superficie común; esto es, a la superficie rústica, a la superficie urbana respecto de edificios ya existentes y ajustados a la ordenación urbanística, y al que se constituyese, con finalidad edificatoria, en localidades sin Plan.

Por su parte, un sector de la doctrina entendió que la referencia al Derecho privado en la LS era la constatación de la existencia de un régimen al

(88) Partiendo de una dualidad de regímenes en el derecho de superficie, la Sala 3.^a del TS, en Sentencia de 14-5-1987 (R. A. 3603), ha declarado lo siguiente en relación con el sistema de fuentes al que queda sometido este derecho: «El contenido queda al ámbito de la autonomía de la voluntad, por tratarse de un negocio jurídico entre particulares, cuyo carácter civil es indiscutible y tan sólo en cuanto las cláusulas contractuales resulten insuficientes, habrá de acudirse a la mencionada Ley del Suelo, único texto donde este derecho real aparece regulado, así como al Código Civil y el resto del ordenamiento jurídico. A este esquema ha de reconducirse la enumeración de fuentes contenida en el segundo párrafo en el artículo 171, en función de la naturaleza de cada institución y dentro del contexto general en el cual debe ser situada cada una».

(89) *El derecho real de superficie*, op. cit., pág. 761 Para MARTÍN BLANCO —vid «Legislación urbanística y Derecho privado», en *RDP*, 1962, pág. 32—, la remisión de la LS al Derecho privado era de escasa utilidad práctica, habida cuenta de la deficiente regulación con la que contaba esta figura en el Código Civil. En la misma línea, CAMPOS PORRATA, vid. «El renacido derecho de superficie», op. cit., pág. 240, agradece que la LS no hiciera mención expresa al Código Civil, donde sólo hubiera encontrado, parafraseando a Jerónimo González, «el epitafio» de ese derecho.

margen del establecido en ella, que resultaría aplicable a los derechos de superficie que quedasen fuera de su ámbito de aplicación (90).

2. En primer lugar, queda fuera de duda que la expresión Derecho privado habrá que entenderla en todo caso referida al artículo 107 de la LH, a las normas relativas a la accesión, así como a los principios civiles en materia de derechos reales (91). Tras la aprobación de la reforma del RH de 1959, es indudable que el Derecho privado al que se refiere la LS debe entenderse completado por el artículo 16 de la citada norma.

Más problemas plantea determinar si la alusión al Derecho privado hay que entenderla también referida a los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil. Tampoco en este punto la solución ha sido pacífica. Mientras algunas decisiones jurisprudenciales (92) se han mostrado partidarias de su aplicación, autores como GUILARTE (93) han entendido que las soluciones que dan estos preceptos no pueden servir ni siquiera para su aplicación subsidiaria.

b) 1. Por otro lado, como avanzábamos al comienzo de este epígrafe, debemos determinar si, en última instancia, las normas contenidas en los artículos 287 y siguientes del TRLS de 1992 son normas civiles. En relación con esta cuestión, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse con motivo de la Sentencia de 20-3-1997.

La Generalitat de Cataluña impugnó, entre otros, los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 del TRLS, al entender que el derecho de superficie siempre se ha configurado desde la normativa urbanística. En el Fundamento de Derecho trigesimooctavo, el TC mantiene la constitucionalidad de tales preceptos, empleando la siguiente argumentación:

«Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1 8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie, su tráfico jurídico-privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna».

(90) Vid., a este respecto, GULLÓN BALLESTEROS, *El contenido de la relación jurídica superficiaria*, op. cit., págs. 218-219; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, Bosch, 1979, pág. 151.

(91) Cfr. AMENGUAL PONS, «El derecho de superficie en la legislación del suelo y en la legislación urbanística», en *RCDI*, 1979, pág. 637.

(92) Tal es el caso de la famosa STS de 3-7-1941, de la que ya hemos dado cuenta. En la doctrina, PRATS ALBENTOSA considera que, además de otros preceptos, hay que entender hecha la referencia al artículo 1.655 del Código Civil, «a fin de no reprochar al legislador frivolidad alguna» —vid. *Derechos reales*, op. cit., pág. 596—.

(93) *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 194

Como señala MENÉNDEZ REXACH (94), el TC viene a reconocer que la dimensión jurídico-privada del dominio entra dentro de la competencia estatal fijada en el artículo 149.1.8.º CE, sin que el dato de que la materia en cuestión se encuentre regulada en el Código Civil o en una ley administrativa sea decisivo para determinar cuándo nos encontramos con la dimensión jurídico-pública o jurídico-privada del derecho de propiedad (95).

2. Por consiguiente, queda fuera de duda que la regulación prevista en el TRLS de 1992, en relación con el derecho de superficie es legislación civil, es Derecho privado (96). De ahí que debamos mantener que el derecho de superficie, como institución de Derecho privado, se regula en una norma estatal, el TRLS de 1992, con base en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (el meritado art. 149.1.8 CE), lo que no obsta, como establece este mismo precepto, «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (97). En la actualidad, el único Derecho especial que contempla esta figura es el Fuero Nuevo de Navarra de 1972 (Título V, en particular Leyes 427 a 434) (98). La configuración del derecho de superficie en estas normas difiere en gran medida de la prevista en la legislación del suelo: el derecho de superficie puede establecerse por tiempo

(94) «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre régimen del suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997», en *RDU*, abril-mayo de 1997, pág. 54.

(95) El TS (Sala 3.ª), en Sentencia de 4-2-1993 (R.A. 782) conoce de la extinción de un derecho de superficie constituido por un ayuntamiento sobre una parcela de terreno desafectada al uso público para la construcción de un quiosco. El TS señala lo siguiente en el Fundamento de Derecho sexto: «Que, en consecuencia, y dado que lo transmitido al causante del actor fue un derecho de superficie sobre bienes propios desafectados al uso público por el Ayuntamiento demandado, de acuerdo con la Ley del Suelo de 1956, tal derecho de superficie como institución de Derecho privado sólo puede extinguirse con arreglo a las normas del Derecho privado, es decir, ante la jurisdicción civil que es la única competente».

Del mismo modo, la Sala 3.ª del TS, en Sentencia de 28-4-1992 (R.A. 4114), viene a señalar en el segundo Fundamento de Derecho que, «...es necesario distinguir entre los derechos reales de carácter administrativo que siempre que recaigan sobre bienes propios, éstos deben ser bienes de dominio público, y los derechos reales de carácter civil que siempre que recaigan sobre bienes propios, éstos han de ser bienes patrimoniales de la Administración. Tal distinción es esencial, desde el punto de vista del Derecho administrativo, ya que, como regla general, el régimen jurídico de los bienes patrimoniales de la Administración es el mismo que el Derecho civil establece para la propiedad privada».

(96) A este respecto, MARTÍN BLANCO —vid. *Legislación urbanística*, op. cit., pág. 34— rechaza la postura de quienes mantienen que el derecho de superficie contemplado en la Ley del Suelo es distinto al del Derecho común.

(97) En este sentido, PRATS ALBENTOSA, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 605.

(98) Por eso, la Ley navarra de ordenación del territorio y urbanismo de 4-7-1994, sólo se ocupa del derecho de superficie constituido por personas públicas con la finalidad de construir viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social (art. 275).

determinado o a perpetuidad, es *inscribible* en el Registro de la Propiedad (aunque no se determinen los elementos accidentales como plazo de iniciación, terminación, etc.) y cuando la superficie se establezca por tiempo determinado o bajo condición resolutoria, a su vencimiento, lo edificado revertirá a la propiedad, sin compensación o con ella, según se haya pactado (99). De este modo, en Navarra, sólo se aplicarán las normas del TRLS de 1992, vigentes en la actualidad en materia de derecho de superficie con carácter supletorio.

2.5. *El juego del principio de «numerus apertus» de derechos reales en la configuración de una modalidad urbana común del derecho de superficie*

1. Un sector de la doctrina ha admitido que las normas contenidas en la LS —TRLS de 1992— no son de imperativa aplicación a los particulares (100), apoyando su interpretación en el artículo 1.255 del Código Civil y en el sistema de *numerus apertus* de derechos reales, mayoritariamente defendido por la doctrina y la jurisprudencia registral. Esta tesis permite que los particulares puedan constituir una modalidad de derecho de superficie diferente a la prevista en la legislación urbanística, pero también al margen de los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil.

Ahora bien, el recurso al *numerus apertus* de derechos reales y a la libertad de pactos no debe estar exento de limitaciones. A este respecto, la mejor doctrina mantiene que la libertad para establecer derechos reales atípicos o para modificar los típicos, no puede ser ilimitada (101). Como ha señalado SANTOS BRIZ (102), la aplicación del artículo 1.255 del Código Civil impone que el derecho real que se pretende crear no sea fruto del mero capricho o de una construcción artificiosa, sino que debe servir para satisfacer evidentes necesidades jurídicas, económicas o sociales. En la misma línea, CAMY ha

(99) SALINAS QUIJADA —vid. *Derecho civil de Navarra*, III, vol. 2, ed. Gómez, 1974, pág. 11 y sigs.— ha puesto de manifiesto que la normativa contenida en la legislación especial en relación con el derecho de superficie se encuentra inspirada en el Derecho romano. Para este autor, ello explica que se mantenga el carácter perpetuo de este derecho, que ya se establecía en el Digesto al contemplar el derecho de superficie a largo tiempo (D prfo. 3°, Ley I, tít. XVIII, l. XLIII).

(100) En este sentido, ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, .. *op. cit.*, págs. 386 y 387; FONT BOIX, «El derecho de vuelo y el de superficie», *op. cit.*, pág. 28 y, recientemente, DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie*, .. *op. cit.*, págs. 118 y 119. A juicio de esta última, los particulares pueden constituir un derecho de superficie al amparo de la libertad civil establecida en el artículo 1.255, aun cuando la construcción se realice en suelo urbano sometido a planeamiento.

(101) En este sentido, DIEZ-PICAZO, *Autonomía privada* .., *op. cit.*, pág. 293

(102) *Derecho civil, Teoría y práctica*, t. II, Edersa, 1973, pág. 22.

señalado que la libertad para crear nuevos derechos reales «tiene su límite en el respeto obligado a las prohibiciones establecidas por las leyes, el cual no puede ser burlado mediante el expediente de configurar un nuevo derecho real, consistente sólo en eximirlo de una prohibición establecida por la legislación al regular algún otro» (103). A estos límites se añade este autor otro de esencial importancia: el nuevo derecho real que se quiera configurar debe recaer en cosa ajena, sin que pueda agotar, de manera indefinida, todas las utilidades del dominio, dejando vacío de contenido el derecho de propiedad.

2. Partiendo de estas consideraciones, ¿qué utilidad tendría mantener la existencia de un derecho de superficie distinto del regulado en la LS y en el RH? ¿Cuál podría ser, en su caso, su configuración?

a) Desde luego, creemos descartable que se pueda mantener un derecho de superficie perpetuo (104). En primer lugar, la utilidad misma de esta figura radica en su carácter temporal. Si algo anima al propietario de un terreno a constituir un derecho de superficie es la previsión de que, transcurrido un determinado período de tiempo, lo edificado será de su propiedad. Y, viceversa, si alguien considera atractivo constituir un derecho de superficie es porque, sin tener que afrontar el pago del terreno, podrá disfrutar de una edificación durante un plazo de tiempo suficientemente amplio como para cubrir las necesidades que le llevan a realizarla.

En segundo lugar, un derecho de superficie perpetuo vaciaría de contenido el derecho de propiedad del dueño del suelo (105). Si el derecho de superficie se constituye para que el superficiario construya sobre el suelo, al propietario del terreno sólo le quedará efectuar edificaciones subterráneas. Tradicionalmente, las edificaciones en el subsuelo han sido destinadas a albergar depósitos, almacenes y, en general, cualquier tipo de construcción accesoria a la edificación levantada sobre el suelo. No obstante, como señala LÓPEZ FERNÁNDEZ (106), la utilización del subsuelo ha sufrido una evolución en los últimos tiempos —vgr., la importancia de los garajes en suelo urbano, o incluso de la construcción de centros comerciales, usos derivados de la

(103) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. 1, 3.^a ed., Aranzadi, 1982, pág. 173.

(104) En contra, GUILARTE —vid., *op. cit.*, pág. 198— ha entendido que, por incómoda que resulte la situación que origina un derecho de superficie perpetuo, la nota de perpetuidad resulta admitida en los artículos 1611 y 155 del Código Civil, y se ha mantenido en la evolución histórica de esta figura así como en el Derecho comparado.

(105) Para DE LOS MOZOS —vid. *El derecho de superficie*, *op. cit.*, pág. 203—, «el derecho de superficie, modernamente, al ser configurado como un derecho real limitativo del dominio que prácticamente agota el frui del solar sobre el que recae, aparece limitado en el tiempo, aunque sea de larga duración».

(106) Vid. «El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil», en *ADC*, octubre-diciembre de 1991, pág. 1633 y sigs.

escasez de espacio en las ciudades—. Con todo, como prosigue este autor, no cabe mantener en nuestro Derecho que el propietario tiene total libertad para realizar bajo el suelo cualquier tipo de construcción subterránea, encontrando su principal limitación en las normas urbanísticas.

Además, como señalaba DE LA RICA, concebir el derecho de superficie como un derecho real en cosa ajena perpetuo implica admitir un desmembramiento de la propiedad, al establecer indefinidamente un dominio del suelo y otro del vuelo o del subsuelo (107). En consecuencia, no cabe entender que existe una división horizontal del dominio, de modo que el suelo, subsuelo y vuelo puedan pertenecer en propiedad a personas diferentes (108). Defender que el *dominus soli* debe conformarse con la propiedad del subsuelo, mientras el superficiario preserva un derecho real perpetuo a tener y mantener una edificación encima del suelo, conlleva a una ruptura del objeto del derecho de propiedad sobre inmuebles. De acuerdo con el artículo 350 del Código Civil, en virtud del cual «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella», la doctrina mayoritaria ha considerado que el subsuelo forma parte de la finca bajo cuyo suelo se encuentra, es objeto del derecho de propiedad que recae sobre la finca. De otro modo, el espacio aéreo no forma parte de ese derecho de propiedad, lo que no impide entender que el dueño del suelo pueda utilizarlo con las limitaciones establecidas en las leyes (109).

b) ¿*Quid* de un posible derecho de superficie sometido a un plazo *a priori* indeterminado, pero determinable? A diferencia del derecho de superficie a perpetuidad, un derecho de superficie sometido a un plazo indeterminado aseguraría una amplia duración del derecho, sin implicar, en cambio,

(107) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, op. cit., págs. 29 y 30.

(108) A salvo, que la legislación imponga otra cosa, como sucede en los casos en que se plantea la propiedad de las aguas y de las minas. En contra, GUIMERA PEDRAZA, «El derecho de subsuelo», en *ADC*, 1961, I, pág. 134, entiende que «no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho de subsuelo se configure como una desmembración del dominio de una finca entre suelo y subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro». En esta línea, PÉREZ CÁNOVAS, —«Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza», en *RCDI*, 1988, pág. 759— considera que el artículo 350 sólo establece una presunción *iuris tantum* en favor del propietario del suelo en relación con el subsuelo, apoyando su argumento en la STS de 25-2-1986.

(109) Con carácter particular, vid., por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», cit., pág. 11 y sigs., y VILLACAÑAS GONZÁLEZ, «La propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1953, pág. 483 y sigs. Con carácter general, vid., entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual*, op. cit., págs. 80 y sigs.; ALBALADEJO, *Derecho civil III... op. cit.*, pág. 255 y sigs.; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral, Derecho de cosas*, vol. I, Reus, 1984, págs. 160 y 161; MONTES PEÑADES, «Comentario al artículo 350 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 1.º, 2.ª ed., Edersa, 1990, pág. 261.

una desmembración del dominio. Tal sería el caso en que las partes pretendieran establecer un derecho de superficie hasta la declaración en ruina del inmueble construido, o hasta la extinción de la persona jurídica en cuyo favor se hubiese concedido (110). Esto nos lleva a plazos previsiblemente superiores a los noventa y nueve años fijados como límite máximo de duración en el artículo 289.2 TRLS de 1992. En nuestra opinión, una duración excesivamente amplia del derecho de superficie resulta indeseable, y pone en juego la temporalidad sustancial de este derecho. Antes del TRLS de 1976, un plazo de estas características podía resultar amparable, habida cuenta que el plazo legalmente establecido resultaba insuficiente (cincuenta años). En cambio, en la actualidad, no creemos amparable una desorbitada duración del derecho de superficie. La seguridad del tráfico impone, además, que exista certeza en cuanto al momento en que, en todo caso, el derecho de superficie debe extinguirse.

c) Por último, en relación con el resto de elementos que configuran legalmente el derecho de superficie (principalmente el deber de construir en un plazo de tiempo determinado, la reversión de lo construido en favor del *dominus soli*, y el carácter constitutivo de la inscripción registral), veremos seguidamente que tampoco existe un interés jurídico, social o económico en que sean eliminados por un pacto *inter partes* (111).

IV. LA RELACION ENTRE EL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS SUCESIVAS LEYES DEL SUELO

1. INTRODUCCIÓN

1. Con base en los artículos 157 y siguientes de la LS de 1956, el artículo 16 RH viene a regular, con un alcance general, el derecho de superficie urbano. En este sentido se expresa la Exposición de Motivos de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959: «La superficie, aparte una ligera referencia del Código Civil, había sido objeto de ciertos artículos de la

(110) Recordemos que el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, relativo al caso Puigvert, admite la constitución del derecho de superficie por tiempo indefinido. Esta solución fue bien acogida por un sector de la doctrina, al resultar una solución intermedia entre la perpetuidad y la rigurosa limitación temporal a cincuenta años, que hacía inútil el derecho de superficie —vid., en este sentido, GARRIDO PALMA, *¿Superficie solo cedit?*..., *op. cit.*, págs. 138 y 139.

(111) A juicio de PRATS ALBENTOSA —vid. *Derechos reales*., *op. cit.*, pág. 593—, «...los particulares, en uso de su autonomía, podrán crear el derecho real de superficie respecto de edificaciones o subedificaciones, con sumisión a las normas previstas en la Ley del Suelo y demás normas urbanísticas, y a las normas limitativas de la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales».

Ley del Suelo; pero era necesario el desenvolvimiento reglamentario de aquellos precedentes sustantivos que aliviara la orfandad de una regulación precisa y permitiera reducir a la realidad figura jurídica tan sugestiva».

2. Como sabemos, a la hora de regular el derecho de superficie, la LS de 1956 basó sus principales esfuerzos en configurar el que podían constituir los organismos públicos. Así, el artículo 159.1 se limitaba a establecer que el superficiario debía construir en un plazo que no podía exceder de cinco años cuando el derecho de superficie hubiera sido otorgado por los organismos públicos. De igual modo, y de acuerdo con el artículo 161.1, el plazo de duración del derecho de superficie no podía ser superior a cincuenta años, si hubiera sido el Estado y demás personas públicas quienes lo hubiesen concedido (112).

Ciertamente, la timidez con la que abordaba la LS de 1956 la regulación del derecho de superficie exigía de una norma de complemento y desarrollo (113). Esta se encuentra en el RH, que se reformó, entre otras razones, como consecuencia de la aprobación de la Ley del Suelo (114). De ahí que el artículo 16.1 del RH generalizase los presupuestos principales en los que se basaba la regulación de la LS: en términos generales, la limitación temporal imperativa del derecho de superficie, la inscripción registral para su válida constitución, la reversión de lo construido en favor del propietario del suelo a la extinción del derecho de superficie y, finalmente, la imposición al superficiario del deber de construir en un plazo determinado.

4. Desde la tesis dualista (modalidad urbanística *versus* modalidad urbana común) se han mantenido diversas interpretaciones en torno a la aplicación del RH. Para un sector de la doctrina, el artículo 16 se aplica únicamente a la modalidad urbanística del derecho de superficie (115). Por su parte, otros

(112) Para DE LA RICA —vid. *Comentarios a la reforma...* op. cit., pág. 26—, «la legislación hipotecaria no podía estar ausente de la regulación de un derecho típicamente real, en el que la inscripción en el Registro, como sucede en la hipoteca, se considera constitutiva...».

(113) A este respecto, DE LOS MOZOS señala que no se puede culpar al RH de no haber sabido sacar partido de las posibilidades de desarrollo hipotecario de la institución, pues la propia Ley del Suelo inicia un planteamiento que después ella misma no desarrolla —vid. *La tecnificación del derecho de superficie* ., op. cit., págs. 22 y 23—

(114) ROCA SASTRE ha puesto de manifiesto cómo en nuestro Derecho no se discrimina técnicamente acerca de cuándo un precepto tiene rango legislativo o reglamentario, siendo en materia hipotecaria donde se produce mayor confusión. A este respecto, señala lo siguiente: «A buen seguro que si, como debiera ser, figurara en el Código Civil la parte sustantiva o material de nuestra regulación inmobiliaria o hipotecaria, deberían formar parte del Reglamento Hipotecario muchos preceptos que actualmente figuran en la Ley y por el contrario figurarían en el Código Civil todos los preceptos relativos al derecho real de hipoteca» —vid. *Derecho hipotecario*. op. cit., pág. 124, nota núm. 6—.

(115) Vid. *Duración del derecho de superficie* ., op. cit., págs. 590 y 591. Recordemos que el Auto de la Audiencia de Barcelona, que este autor comenta, llega a la misma conclusión

autores admiten que el artículo 16 RH resulta aplicable a la modalidad civil del derecho de superficie (116).

En cambio, desde una tesis unitaria (117), como la que nosotros defendemos, que mantiene la aplicación en todo caso de las normas contenidas en la legislación del suelo y del artículo 16, se generan diversos problemas que nos llevan a plantear en qué medida éste se ha visto modificado por la nueva regulación introducida por los TRLS de 1976 y de 1992.

2. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. El artículo 16.1.a) del RH establece para el derecho de superficie un plazo máximo de duración de cincuenta años, tal y como preveía la LS de 1956 (art. 161.1). Esta generalización del plazo de duración previsto en la LS fue objeto de crítica por parte de la doctrina. A este respecto, FUENTES LOJO entendió que el RH se extralimitaba (118). El argumento empleado por este autor encontraba su fundamento en el hecho de que la LS no limitaba temporalmente el derecho de superficie conferido entre particulares. El RH vendría a establecer una limitación temporal que la LS no contemplaba.

Con todo, las sucesivas Leyes de Suelo han limitado a noventa y nueve años el plazo de duración del derecho de superficie constituido entre particulares, elevando a su vez a setenta y cinco años el plazo previsto para el conferido por las entidades públicas (art. 173.1 TRLS de 1976 y 289.2 TRLS de 1992).

(116) A este respecto, FONT BOIX —vid. *El derecho de vuelo*. , op. cit., pág. 30— admite la aplicación del artículo 16 RH a la modalidad superficiaria civil, constituida al amparo del principio de autonomía de la libertad, *numerus apertus* de derechos reales y carácter dispositivo de las normas de accesión, «incluso las posibles limitaciones que dicho precepto establezca pueden aceptarse basándose en la función que los principios generales del Derecho tienen en nuestro ordenamiento, y que son fuente jurídica, sin necesidad de una expresa consagración legislativa expresa».

(117) Entre otros, aunque con algunas variaciones en su interpretación, se han mostrado partidarios de una tesis unitaria, MARTÍN BLANCO, *Legislación urbanística y Derecho privado*, op. cit., págs. 32 a 35; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*. , op. cit., pág. 191; AMENGUAL PONS, *El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria*, op. cit., pág. 635; LASO MARTÍNEZ, *El derecho de superficie en el ámbito urbanístico*, op. cit., pág. 523, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 479

(118) *Duración del derecho de superficie*, op. cit., pág. 591. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil III*, cit., pág. 225. De otro modo, DE LOS MOZOS —vid. *El derecho de superficie ...*, op. cit., pág. 203— denunció que uno de los fallos de la LS y del RH fue establecer un plazo tan corto como el de cincuenta años. Asimismo, se ha criticado que el RH viniera a acoger el criterio limitativo de los cincuenta años impuesto en la LS —vid., entre otros, MARTÍN DíEZ-QUIJADA, *La cesión de solares* ., op. cit., pág. 59— en cuya opinión, el RH ha procedido *ultra vires*, beneficiando con esta medida a los concedentes

La aplicación del principio *lex posterior derogat lex anterior*, y el respeto al rango jerárquico de las normas (la Ley deroga al reglamento) llevan a mantener que el artículo 16 ha de entenderse derogado a este respecto por el TRLS de 1976 y 1992. De este modo creemos que, en la actualidad, el derecho de superficie urbano, constituido entre particulares, tiene una limitación temporal de noventa y nueve años (119).

2. Por último, en relación con el plazo de duración también se ha discutido acerca de su posible prórroga. En nuestra opinión, siguiendo a un importante sector de la doctrina, ni la legislación del suelo ni el RH admiten tal posibilidad, en la medida en que con ella se supere el límite temporal máximo de duración del derecho de superficie (120). En cambio, nada obsta que el plazo se prorrogue cuando aún no se han superado los noventa y nueve años establecidos en la Ley (121). Otra cosa será que el *dominus soli* se comprometa con el superficiario a conferirle de nuevo un derecho de superficie sobre la edificación —si aún existe—, o sobre el suelo, cuando ese plazo se agote.

3. LA REVERSIÓN DE LO EDIFICADO AL DUEÑO DEL SUELO

1. Desde la LS de 1956 (art. 161) (122) se vino a establecer que a la extinción del derecho de superficie, el *dominus soli* haría suya la propiedad de lo edificado, debiendo satisfacer al superficiario una indemnización en defecto de pacto. La doctrina consideró que la llamada reversión era un efecto natural de la extinción del derecho de superficie, pues a partir de ese momento recobraba carta de naturaleza el principio de accesión que hasta entonces

(119) Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 488; PRATS ALBENTOSA, *Derechos reales*, op. cit., pág. 592.

(120) Vid., en este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 573; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 337. En cambio, DE LA IGLESIA MONJE se muestra partidaria de la prórroga del derecho de superficie en la llamada modalidad urbanística, al entender que «no atenta a la naturaleza jurídica de la figura, no repugna a la institución, la Ley del Suelo no se opone a la voluntad negocial de las partes, no va en contra de los intereses públicos, y no afecta a los terceros».

(121) Del mismo modo, las partes pueden establecer un plazo de duración *a priori* indeterminado, siempre y cuando se respete el límite temporal de los noventa y nueve años. Un ejemplo lo encontramos en la RDGRN de 25-6-1993 (R.A. 5324). En el supuesto que entra a conocer esta Resolución, las partes convienen que el derecho de superficie se extinguirá a los cincuenta años, o en el momento de defunción del concedente, si ésta tuviera lugar antes del transcurso de los cincuenta años (en el momento de constitución del derecho de superficie ese era el límite legal establecido).

(122) Según el artículo 161.2 de la LS, «cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción, según el estado de la misma en el momento de la transmisión».

se encontraba derogado por su constitución (123). Además, el texto del referido artículo 161 daba lugar a admitir el pacto por el cual el superficiario podría quedarse en propiedad lo edificado en concepto de indemnización, no operando entonces la reversión en favor del *dominus soli* (124).

Del mismo modo, el artículo 16.1.a) del RH establece que, pasado el plazo «lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, *salvo pacto en contrario*». Para ROCA SASTRE (125), a lo que viene a referirse el artículo 16 RH con la expresión «salvo pacto en contrario» es a la diversidad de destino que cabe conferir a lo construido, siempre que suponga una consolidación del dominio. De ahí que, en su opinión, quepa pactar que a la extinción del derecho de superficie, la propiedad del suelo vaya a parar al superficiario. Igualmente, el apartado b) de dicho precepto admite la posibilidad de «estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido».

En cambio, el TRLS de 1976 y el de 1992 (arts. 173.2 y art. 289.3, respectivamente) imponen que «cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiese constituido aquel derecho». De estos preceptos se desprende que, al término del plazo, la edificación revierte en el propietario del suelo de modo automático, como consecuencia directa del carácter temporal del derecho de superficie y, como hemos señalado, de la actuación *ipso iure* del principio de accesión que hasta ese momento se encontraba derogado (126).

En nuestra opinión, la regulación contenida en el TRLS de 1992 no admite el pacto por el cual el superficiario adquiera de modo automático la propiedad de lo edificado, una vez se extinga su derecho. En la medida en que nosotros venimos defendiendo una interpretación unívoca de la legislación del suelo y el RH, creemos que tanto el TRLS de 1976 como el actual de 1992 han modificado a este respecto lo prevenido en el artículo 16 del RH (127).

(123) Vid., entre otros, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 58; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 339.

(124) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario* III, Bosch, 1979, págs. 625 y 626.

(125) *Derecho hipotecario*, t. III, Bosch, 1968, pág. 573. Por su parte, DE LA RICA —vid. *Comentarios a la reforma*, op. cit., pág. 33— entendía que ese «pacto en contrario» dejaba a los contratantes la más amplia libertad de pactos y, así, podían establecer que el edificio pasaría a la pertenencia del dueño del suelo, con indemnización o sin ella, e incluso que lo edificado quedase de la propiedad del superficiario.

(126) En este sentido, vid. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 339.

(127) Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, op. cit., págs. 488 y 489. Para DE LA IGLESIA MONJE, la reversión de la propiedad superficiaria es un elemento

Dicho lo anterior, nada obsta que el *dominus soli* pueda acordar con el superficiario que le venderá el suelo y la edificación realizada sobre él, una vez consolidado el dominio en su favor. Este precontrato conferirá a ambas partes, o a una de ellas, la facultad de exigir la puesta en vigor del contrato proyectado. Tal acuerdo no contraviene los postulados del TRLS: el dueño del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, pero se compromete a enajenar el todo cuando el derecho de superficie se extinga (128).

2. En cuanto a la posible indemnización en favor del superficiario en el momento de operar la reversión, debemos hacer algunas aclaraciones. Como hemos señalado, a partir del TRLS de 1976 se ha venido a establecer que el dueño del suelo no debe satisfacer indemnización alguna al superficiario. Tanto la redacción del artículo 173.2 del TRLS de 1976, como del actual artículo 289.3 TRLS de 1992, inducen a entender que, en ningún caso, tal indemnización resulta proedente. Ahora bien, en nuestra opinión, esta interpretación debe ser descartada. Lo que previene el citado artículo 289.3 TRLS de 1992 es que el derecho de reversión en favor del dueño del suelo no se hace depender del pago de la indemnización (129). Por el hecho de la reversión no nace en favor del superficiario un derecho a que se le indemnice el valor de la construcción. Pero nada obsta que las partes establezcan tal indemnización. De este modo, a diferencia de lo previsto en la LS de 1959, el artículo 289.3 TRLS de 1992, debe interpretarse como sigue: a la extinción del derecho de superficie el dueño del suelo hace suya la edificación y, salvo pacto en contrario, no debe indemnizar al superficiario.

consustancial que no puede ser derogado por pacto entre las partes, si bien esta autora limita tal consecuencia a la que denomina modalidad urbanística del derecho de superficie —vid. *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 353—.

(128) A este respecto, resulta de interés traer aquí la RDGRN de 25-6-1993 (R.A. 5324). En ella se da cuenta de la inscripción registral de una escritura de constitución de un derecho real de superficie en los términos siguientes: se conviene que tras cincuenta años o en caso de defunción del concedente, el superficiario podrá adquirir la propiedad plena mediante el pago del valor de la finca. El objeto del litigio era la escritura de declaración de obra nueva, de modo que sobre el pacto señalado nada se menciona salvo su existencia. Ahora bien, si la escritura de constitución del derecho de superficie no planteó problemas al Registrador, nosotros creemos cuanto menos cuestionable su validez. ¿En qué medida un pacto de estas características puede vulnerar lo dispuesto en el TRLS? Sin duda, si con él se quiere significar que, al término del derecho de superficie, el superficiario hará suya la propiedad del todo, dicho acuerdo carecerá de validez. Hubiera sido interesante que el Registrador se hubiese pronunciado al respecto.

(129) En el mismo sentido, vid. De los Mozos, *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 341, en relación con el artículo 159.2 del Proyecto de reforma de la Ley del Suelo, que luego se convirtió en el artículo 173.2 TRLS de 1976.

4. EL PLAZO PARA REALIZAR LA EDIFICACIÓN

1. La LS de 1956 establecía un plazo máximo para efectuar la construcción o edificación cuando eran las entidades públicas quienes concedían el derecho de superficie (art. 159, «el superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas»), imponiendo seguidamente que la infracción de ese deber provocaría la extinción del derecho de superficie. De este modo la LS configuraba un deber fundamental del superficiario: el de realizar la edificación en un plazo determinado. Con base en este precepto, el artículo 16.1.c) del RH previene que en el título público en el que se establezca el derecho de superficie ha de señalarse un plazo para realizar la edificación, sin que éste pueda exceder de cinco años (130). De acuerdo con este precepto, cabe entender que la falta de indicación de este plazo conlleva la no inscripción registral del título correspondiente (131).

Posteriormente, las sucesivas Leyes del Suelo han variado el criterio establecido en la LS de 1956. De acuerdo con el artículo 173.1 del TRLS de 1976, el derecho de superficie se extinguía si no se edificaba en el plazo previsto en el Plan, o en el convenido si éste fuera menor. Por su parte, el

(130) Para DE LA IGLESIA MONJE, como el Reglamento se ocupa de la inscripción registral del título constitutivo del derecho, y la Ley urbanística quiere que en dicho título se haga constar esa obligación para el superficiario, es consecuente que aquél lo incluya en el artículo 16 —vid., *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 224, nota núm. 158—. En relación con la extinción del derecho de superficie por causa del incumplimiento del deber de construir, encontramos un ejemplo relativamente reciente en la jurisprudencia registral. La RDGRN de 23-7-1996 (R. A. 5618) conoce del siguiente caso: El 18-4-1989 se constituye en escritura pública un derecho real de superficie por el cual el propietario del terreno cede el suelo a un constructor para que se proceda, en el plazo de dos años, a construir dos bloques de viviendas. En contraprestación a la cesión de este derecho, la constructora revertirá un 25 por 100 de lo construido a los cedentes, reservándose el 75 por 100 restante. Se estipula, además, que de no realizar la construcción en ese plazo de dos años, los cedentes consolidarán el pleno dominio, sin tener que abonar indemnización alguna al propietario. Como quiera que la edificación no se termina de realizar en el plazo indicado, cedente y superficiario otorgan nueva escritura pública por la que aceptan la extinción del derecho de superficie, solicitando el cedente la inscripción de la reversión total de los pisos que ya habían sido inscritos a favor del superficiario, así como la cancelación de los derechos reales o personales que traigan causa del superficiario. En este caso, el empleo del derecho de superficie tiene un carácter meramente medial. Las partes quieren una permuta de solar por pisos y, hasta que se efectúa la construcción, emplean la figura superficiaria. De este modo, de haber construido en plazo el superficiario, el derecho de superficie se habría extinguido también en el momento de finalizar la construcción. Así se entiende que el superficiario devenga a la terminación de las obras propietario pleno y definitivo de determinados pisos o locales integrantes del edificio construido, correspondiendo el resto al dueño del terreno (FD 3.º)

(131) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit., pág. 581.

TRLRS de 1992 previene en su artículo 289.1 que «el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley», precepto este último que, a la postre, ha sido declarado inconstitucional por la STC de 20-3-1997 (132). Como podemos observar, ambas normas prevén la extinción del derecho de superficie como sanción al incumplimiento del deber de edificar del superficiario, ya se constituya aquel derecho por entidades públicas o por particulares. Además, se abandona el plazo máximo de cinco años estatuido en la LS de 1956 y en el artículo 16 del RH.

Siguiendo a PRATS ALBENTOSA (133), el cambio de criterio del legislador de 1992 a este respecto encuentra su justificación en la Ley del Suelo y valoraciones urbanísticas de 1990, incorporada al TRLRS de 1992. De acuerdo con esta normativa, el derecho a la edificación surge de un modo escalonado, después de haberse observado diversos deberes urbanísticos. Así, como señala este autor, de acuerdo con el TRLRS de 1992, la facultad edificatoria se adquiere una vez que se ha adquirido el derecho a urbanizar y al aprovechamiento urbanístico y sólo el derecho a lo edificado con el cumplimiento de las prescripciones de tiempo y forma establecidas en la licencia, respetando la legislación urbanística.

En suma, el TRLRS establece una vinculación entre la extinción del derecho de superficie y la caducidad de la licencia, de modo que aquél corre la misma suerte que el derecho a edificar (134). De nuevo, el TRLRS ha derogado al artículo 16 RH (135).

(132) El artículo 35.1 preceptuaba que «El acto de otorgamiento de la licencia fijará los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable» Hasta la aprobación del TRLRS de 1992, algunas CC AA. habían previsto este supuesto de caducidad de las licencias, estableciendo un plazo al respecto. En última instancia, las Ordenanzas de algunos municipios lo determinaban. La previsión de un plazo de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, tiene por objeto el impedir la obtención de licencias con fines especulativos o dirigidos a burlar posibles cambios en la legislación —vid. STS de 21-5-1991 (R. A. 2019) y, particularmente, en la doctrina, DE JESÚS SÁNCHEZ y LONGAS, «El instituto de la caducidad en las licencias de obras», en *RDU*, núm. 109, pág. 107 y sigs.

(133) *Derechos reales*., *op. cit.*, pág. 595

(134) Cfr. LLISSET BORREL, LÓPEZ PELLICER y ROMERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, t. II, Abella, 1993, pág. 657.

(135) Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., pág. 493. Igualmente, para DE LA IGLESIA MONJE, la obligación de construir en el plazo establecido en la licencia obliga a toda construcción en general, afectando así tanto a la modalidad urbanística como a la modalidad urbana —vid., *El derecho de superficie*., *op. cit.*, pág. 224—.

5. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. Finalmente, cabe hacer referencia a otra de las cuestiones que más polémica han generado en la doctrina, como es el valor de la inscripción registral del derecho de superficie. El problema se plantea como consecuencia del carácter equívoco de la redacción empleada por la LS y el RH a este respecto. Por un lado, la LS (art. 158.2 LS de 1956, art. 172.2 TRLS de 1976, y 288.2 del actual TRLS de 1992) ha venido estableciendo en relación con el derecho de superficie que «como requisito constitutivo de su eficacia (deberá) inscribirse en el Registro de la Propiedad». Por otro, el artículo 16.1 RH preceptúa que «para su eficaz constitución deberá inscribirse». La doctrina, una vez más, se ha mostrado dividida a la hora de determinar si la inscripción registral es o no constitutiva del derecho de superficie (136). La mayor parte de la doctrina, a la que nos sumamos, se ha mostrado partidaria del carácter constitutivo de la inscripción (137). Los argumentos esgrimidos en favor de esta interpretación, y que suscribimos plenamente, pueden resumirse en los siguientes: hasta que no se construya no se materializa el derecho y, una vez que se ha edificado, por el juego de la accesión, se presume que la construcción es de propiedad del dueño del suelo. Las exigencias de la publicidad y la seguridad de los terceros imponen el carácter constitutivo de la inscripción.

En cambio, para otro sector de la doctrina, una norma reglamentaria, como es el artículo 16 RH, no puede oponerse a los principios de forma establecidos en el Código Civil. En consecuencia, la exigencia de inscripción registral sólo sería predicable de los derechos de superficie que se constituyan al amparo de la LS (138). Como observamos, esta interpretación pasa por admitir que existe una modalidad urbana común, según la terminología fre-

(136) Para un estudio en detalle de esta cuestión, MENA-BERNAL ESCOBAR, *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Tecnos, 1994.

(137) Así lo ha señalado ROCA SASTRE, *Ensayo* .., pág. 46, nota núm. 48. En el mismo sentido cabe citar, entre otros, a FOSAR BENLLOCH, «Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie», en *ADC*, 1958, págs. 857 y 858; AMENGUAL PONS, «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 640; LUCAS FERNÁNDEZ, *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, *op. cit.*, pág. 72; CAMPOS PORRATA, *El renacido derecho de superficie...*, *op. cit.*, pág. 241; CARDENABA COYA y GARCÍA PUMARINO RAMOS, «El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad», en *Ponencias y comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario...*, cit., pág. 425; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie...*, *op. cit.*, pág. 290.

(138) Vid., entre otros, ESPÍN, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 388; LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. II, Bosch, 1991, pág. 278; MIQUEL CALATAYUD, «Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español», en *Ponencias y comunicaciones presentadas en el VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario...*, cit., pág. 596.

cuentemente admitida en la doctrina, interpretación que resulta descartable desde la tesis que venimos defendiendo.

2. Por su parte, la doctrina jurisprudencial tampoco resulta clarificadora, en las escasas ocasiones en las que el TS se ha pronunciado al respecto. En Sentencia de 15 de junio de 1984 (139), el TS se mostró partidario de la aplicación del principio de libertad de forma en su constitución, empleando la siguiente argumentación en su segundo Considerando:

«El derecho de superficie... no puede por menos reconocerse, tiene una singularidad diferenciable del censo enfitéutico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola, que conduce a que no requiera su necesaria constitución, a medio de escritura pública, o sea de modo *ad solemnitatem*, salvo concretos supuestos en que así se establezca, como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil».

También el TS, en Sentencia de 6-10-1987, ha entendido que el derecho de superficie es *inscribible*, a la luz de los artículos 2.2, 107.5 de la LH y 16.1 de su Reglamento (140). En cambio, la STS de 1-2-1979, reconoce que tanto la LS como el artículo 16.1 del RH imponen el carácter constitutivo de la inscripción registral (141).

Esperemos que en futuras ocasiones el TS sea capaz de imponer su criterio.

M.^a DEL PILAR CÁMARA AGUILA
 Doctora en Derecho
 Profesora Ayudante de Derecho civil
 Universidad Autónoma de Madrid

(139) Varias personas se asociaron para establecer y explotar una granja de ganado porcino. A la referida sociedad, uno de los socios aportó una finca de su propiedad. Cuando se procede a disolver la sociedad, se pretende que todos sus elementos fueran vendidos en pública subasta, incluida, claro está, la referida finca con las edificaciones que sobre ella se habían realizado. A ello se opone el socio que aportó la finca, al entender que lo que se había cedido a la sociedad era un derecho de superficie sobre la finca que, a la postre, ya se había extinguido.

(140) (R.A. 6720). En el Fundamento de Derecho cuarto se establece que. «...Por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad...»

(141) (R.A. 420). En el supuesto en cuestión resultaba de aplicación el Fuero Navarro. El recurrente solicitaba se diese por existente un derecho real de superficie. El TS, en el segundo Considerando, señala lo siguiente: «...es manifiesto que aun sin generalizar la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro ordenada como constitutiva en el artículo 172.2 de la Ley sobre Régimen del Suelo y en el artículo 16.1 del RH, teniendo en cuenta que el Fuero Navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie...»

Jurisdicción y ejecución extrajudicial

SUMARIO. 1. INTRODUCCION.—2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.—3. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4. LA CUESTION DE FONDO: EL MONOPOLIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL: a) LA POSTURA DE LA SALA DE LO CIVIL; b) CONSIDERACIONES PREVIAS RELATIVAS AL CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL; c) APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ANTERIOR A LAS FUNCIONES ESTATALES; d) CONCLUSIÓN QUE SE DERIVA DE LO ANTERIOR; e) ¿INDIFERENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL?; f) ARBITRAJE Y EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL.—5. ACTOS PRIVADOS Y FUNCIONES PUBLICAS: a) LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN CONVENCIONAL; b) PARTICULARES Y ACTOS LEGISLATIVOS; c) PARTICULARES Y ACTOS EJECUTIVOS; d) PARTICULARES Y ACTOS JURISDICCIONALES.—6. DIFERENCIAS ENTRE ACTOS PUBLICOS Y PRIVADOS: a) LA SUPREMACÍA DEL ESTADO; b) LA COERCIÓN ESTATAL; c) EL RECTO SENTIDO DEL MONOPOLIO JURISDICCIONAL.—7. INFRACCION DE RESERVA DE LEY.—8. UNA SALIDA PARA EL PROBLEMA.

1. INTRODUCCION

La Sentencia 402/1998, de 4 de mayo de 1998, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tiene la virtud, por encima de discrepancias de las que es testimonio el presente escrito, de replantear cuestiones de principio, de esas que obligan al estudioso a volver sobre las bases y axiomas de su disciplina, o mejor, de las que él acepta y vive como tales. Quiero decir que la solución de la cuestión ventilada en la sentencia no puede hacerse acudiendo meramente a una serie de preceptos legales, sino aplicando principios generales y postulados dogmáticos, de los que dan lugar a distintas escuelas y métodos científicos. Por eso la cuestión, lejos de facilitar un entendimiento general, se presta a discrepancias abundantes, pues en definitiva no hace más que reflejar a pequeña escala los divergentes criterios sobre conceptos medulares de la ciencia jurídica.

La sentencia brinda una ocasión para reflexionar sobre lo que en el día a día tiende a aceptarse de un modo más o menos inconsciente y para confrontar el mayor o menor rigor de los distintos enfoques doctrinales. Si la con-

clusión a la que se llega es crítica, no por ello puede desmerecerse una sentencia bien construida, con coherencia interna, y que incita a cada cual a nada fácil ejercicio de depurar el propio juicio.

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

La Sentencia 402/1998, de 4 de mayo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, estima el recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Audiencia Provincial de Valencia sobre oposición a procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, anulando la sentencia recurrida y declarando: «...la inaplicación por derogación al ser norma opuesta a la Constitución del segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la de los artículos 234 a 236.o), ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario...»

La fundamentación de la que se deriva conclusión tan destacada —derogación de un precepto legal y de otros varios infralegales— puede resumirse en la forma siguiente. En lo relativo a la propia competencia, la Sala recuerda que el artículo 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria es norma legal preconstitucional y que, por lo tanto y vista la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional, su derogación por incompatible con la Constitución puede ser apreciada por ella misma.

En lo tocante a la cuestión de mérito, se afirma que la ejecución extrajudicial que consagra el mencionado artículo y, más en concreto, la ejecución mediante subasta pública notarial que en su desarrollo disciplinan los artículos 234 a 236.o) del Reglamento Hipotecario resultan incompatibles «con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato, e ítem más, en la voluntad específica de las partes al acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público». En particular, esa incompatibilidad se produce por la inadecuación de todos estos preceptos al artículo 117 de la Constitución: según su apartado 1 (en realidad debe referirse al 3), «la jurisdicción comprende... dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales... se desarrollan... en el único marco posible del poder judicial que tiene carácter exclusivo». Ahí radica la esencia de la postura de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: si el artículo 117.3 de la Ley fundamental dispone que *el ejercicio de la potestad jurisdiccional..., juzgando y haciendo juzgar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*, no puede otorgarse una de esas dos actuaciones a quien no tenga la condición orgánica de poder judicial.

La derogación postconstitucional del artículo 129, apartado 2, de la Ley Hipotecaria provocaría la de los preceptos reglamentarios citados, al quedarse sin la base legal que los sustenta. Pero, además, éstos incurrirían en un segundo vicio, a saber, no respetar la reserva de ley que el artículo 117.3 de la Constitución implanta para la regulación de los procesos.

3. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En principio, desde el punto de vista competencial, la sentencia comentada tiene sólido apoyo jurídico. Lo que examina es la cuestión de la vigencia o derogación de una norma legal por otra posterior como es la Constitución. Ciertamente, ésta no es sólo posterior sino también superior, ostenta la máxima jerarquía del Derecho positivo. Ateniéndose a este último rasgo, la solución bien pudo ser otra, en el sentido de reservar su control al Tribunal Constitucional al igual que ocurre con las leyes posteriores a la Constitución. Sin embargo, y por razones no desdeñables, el Tribunal Constitucional ha mantenido una línea constante de ver en estos conflictos tanto un problema de vigencia de las leyes como de validez (sentencias 4/1981, 14/1981 y 66/1983), en cuya virtud y por lo primero todo Tribunal puede determinar si la Ley preconstitucional ha sido sustituida por otra posterior cual sería la Constitución, esto es, tratar la cuestión como una más de sucesión de normas en el tiempo.

No puede argüirse, como a veces se ha hecho, que el tema encerraba un problema de constitucionalidad, por mor de la aplicación de la Constitución, y que por lo mismo tenía que haberse deferido al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad. La Sala de lo Civil, estando convencida de la incompatibilidad entre el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria y el 117.3 de la *lex legum*, podía dar por derogado al primero, vista la Disposición Derogatoria, apartado 3, de la propia Constitución y la doctrina de su máximo intérprete, antes referida. La vinculatoriedad general de la Constitución (art. 9.1) obliga a todos los poderes públicos a aplicar sin más sus determinaciones, sin que se pueda transformar toda aplicación de la Ley fundamental en una atribución reservada del Tribunal Constitucional, que sería tanto como dejar en letra muerta ese último mandato.

Pero, es más, la solución habría sido la misma aunque la Constitución no existiese y siempre que su norma (art. 117.3) formase parte de otra ley posterior, como precisamente es el caso. Si toda ley posterior deroga a la anterior contradictoria (art. 2.2 del Código Civil) este mismo resultado derogatorio habría que defender para el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria a la vista del artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio), que justamente repite el mandato del 117.3 constitucional. Dado el contenido que el Tribunal Supremo asociaba a este último —incompatibilidad con el pre-

cepto hipotecario— su mera constancia en una ley posterior habría bastado para provocar el efecto derogatorio. Y en dicho caso ni siquiera la duda del Tribunal de instancia habría permitido plantear la cuestión de inconstitucionalidad. De ahí la confirmación de la competencia del Tribunal Supremo para entender la cuestión que nos ocupa y la coherencia argumental de la sentencia comentada.

Ahora bien, si la cuestión se desenvuelve hasta aquí con entera lógica, la misma cobra un sesgo muy diferente cuando se examinan otros datos. Nos referimos a los previos pronunciamientos en sentido opuesto de la Sala 3.^a de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. La Sentencia de 16 de octubre de 1995 había proclamado la conformidad del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria con el 117 constitucional porque el objeto del primero «es ejecutar ante notario un derecho hipotecario de origen contractual, no una resolución judicial..., quedando en todo caso expedito el juicio declarativo ordinario», doctrina que se reitera en la de 23 de octubre de 1995.

Ciertamente, al ser el orden civil independiente del administrativo no tenía que someterse necesariamente el primero a la jurisprudencia del segundo, por más que resulte del todo deseable la armonía entre ambos. Pero una discrepancia que en otro orden de cosas hubiera tenido cierta apoyatura, no la tiene en el presente, donde a la postre se estaba valorando la constitucionalidad de una norma legal. La misma doctrina del Tribunal Constitucional que legitima ese enjuiciamiento por los tribunales ordinarios encuentra un límite en un caso de discrepancia, como el presente. Según la sentencia ya citada 14/1981, de 21 de mayo, la intervención del máximo intérprete constitucional debe dejarse «para aquellos supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de alcance general». Visto lo anterior, ¿no puede afirmarse que la separación por la Sala de lo Civil de lo previamente sustentado por la de lo contencioso-administrativo constituye un caso de «dispersión de criterios» en tema no precisamente baladí?, y si esto es así, ¿no se necesita una «solución de alcance general» que sólo puede lograrse defiriendo la cuestión al Tribunal Constitucional? Por tanto, he aquí el primer reproche: la Sala de lo Civil se separa de una doctrina constitucional aplicable al caso y curiosamente contenida en una sentencia que ella misma cita (aunque con referencia al año errada: 14/1991 en lugar de 14/1981).

Segundo reproche: la sentencia comentada invoca respecto al fondo del asunto la 167/1987, de 28 de octubre, del Tribunal Constitucional, escasamente relevante, pues apenas añade algo sustantivo a lo que proclama el artículo 117.3 constitucional y, en cambio, ignora la 41/1981, de 18 de diciembre, que se refiere especialmente a la ejecución extrajudicial ante notario del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su reglamento, sin que asome ningún tipo de objeción o reparo, de donde puede inferirse que el órgano de la justicia constitucional había admitido la constitucionalidad de

dicho procedimiento. Que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estuviese convencida de lo contrario no le autorizaba en modo alguno a prescindir de dicha doctrina, pues esta observancia le venía impuesta por los artículos 164.1 de la Constitución y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A lo sumo debió presentar la cuestión de inconstitucionalidad si entendió que dicha sentencia no era lo suficientemente concreta o clara. Pero actuar como si dicho pronunciamiento no existiese no puede tener otra explicación lógica que el hecho de que pasase desapercibido para el Tribunal Supremo: no cabe pensar que, de haberlo conocido, no lo hubiese tomado en cuenta siquiera a efectos de demostrar su inaplicabilidad al caso sometido a su fallo.

4. LA CUESTION DE FONDO: EL MONOPOLIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

a) LA POSTURA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para completar lo antes recogido sobre el contenido esencial de la sentencia 402/1998, del Tribunal Supremo, baste ahora señalar que la misma considera que la ejecución extrajudicial de la hipoteca, aunque derive de un contrato, «se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de Justicia» (fundamento cuarto); que si se admitiese habría que admitir consecuentemente «una jurisdicción civil plenamente convencionalizada» y que —siendo esto lo básico— que el monopolio de las actividades de ejecución no puede circunscribirse a lo juzgado por los órganos jurisdiccionales, pues ello daría «al traste con la ejecución de los títulos extrajurisdiccionales o, al menos propicia una interpretación desmembradora por vía legal de aquel cometido jurisdiccional» (fundamento quinto), siendo así que el artículo 117 de la Constitución reserva con carácter exclusivo dicha función a los jueces y tribunales (fundamento sexto).

b) CONSIDERACIONES PREVIAS RELATIVAS AL CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL

La postura que se resume no es inédita y posiblemente contará con no pocos seguidores: según relata C. DÍAZ GONZÁLEZ, la Ley Hipotecaria de 1909 no pudo consagrar este procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca por las reservas que suscitó en las Cortes una atribución que parecía invadir campos reservados a los jueces (1). O sea, la misma posición que ahora sustenta el Tribunal Supremo.

(1) Véase *Derecho hipotecario*, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1967, III, pág. 275.

Problemas como el presente han suscitado numerosísimos debates doctrinales, pues en definitiva subyacen los diversos modos de entender conceptos básicos del Derecho, con oposición muy marcada de métodos y escuelas. Dado el tiempo transcurrido, cabe barruntar que lo más probable es que permanezcan como debate inacabado, volviéndose una y otra vez casi al mismo punto de partida. Pero, como dijimos al principio, tienen la ventaja de concitar la atención de juristas de muy diversas disciplinas, pues a muchos de ellos, si no a todos, afecta la forma de entender cuestiones que están en la base del Estado y el Derecho.

La cuestión básica de la que a nuestro juicio pende la correcta inteligencia del tema que aborda la sentencia comentada es el concepto de las funciones estatales. Decía G. JELLINEK que los abundantes desencuentros doctrinales en este campo se han producido por mantener un único concepto de las mismas, extraído de lo existente en un momento dado, lo cual sólo proporcionaría una visión parcial y a la larga contradictoria (2).

Si se mantiene una consideración formal quiere decirse que se acepta como único criterio interpretativo el sustentado por las leyes vigentes, y no habrá fenómeno jurídico que se explique sino en la medida que esté regulado por una disposición legal. Este es el enfoque que preside la sentencia del Tribunal Supremo: no puede haber actividad ejecutiva en manos de quien no sea poder judicial, pues esa exclusividad aparece reconocida en la ley suprema. Sin embargo, esta aproximación puramente formal es insuficiente para interpretar los silencios de la ley y contradictoria en cuanto otra norma legal puede conducir a conclusión opuesta. Sin perjuicio de lo que después se examina más en detalle, permítasenos adelantar como ejemplo que la misma Constitución (art. 97) reserva la función ejecutiva al Gobierno. Luego, alguna diferencia tendrá que existir entre esta función ejecutiva y la que el artículo 117.3 atribuye a los tribunales, pues no parece admisible que ambos poderes estatales tenga reconocida la misma función. Esto es lo que nos lleva a postular que sólo barajando un concepto formal y un concepto material puede llegarse a una comprensión global y coherente del problema.

Concepto forma y concepto material pueden coincidir pero también discrepar. La complicación que esto supone se compensa por la atalaya que proporciona para una visión coherente de las funciones públicas. Obviamente el primer concepto nos dice lo qué es una institución en un momento dado, según la legislación vigente; apela por tanto a lo histórico y es por lo mismo mudable. El concepto material aspira a expresar lo que por sí misma es una

(2) Según JELLINEK, el error de perspectiva obedece «a la convicción, inconsciente a menudo, de que la separación de los órganos y formas necesita tener como base una distinción real. Una vez más, búscase en la historia lo racional, y con el caso particular histórico se construye la teoría general». Véase *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1973, pág. 451 y sigs.

realidad jurídica; es independiente del Derecho que existe en un momento dado, lo que le dota de condición de universalidad y permanencia. El análisis jurídico no puede prescindir del formal, pues lo contrario sería situarse al margen del Derecho. Pero en no pocas ocasiones necesita del complemento y de la corrección del concepto material para que la aplicación de las leyes responda a lo que en definitiva importa, que es su espíritu y finalidad.

c) APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ANTERIOR A LAS FUNCIONES ESTATALES

Si aplicamos la distinción anterior y, en concreto el concepto formal, a las funciones estatales obtendremos la visión más divulgada, que es la que trasluce la sentencia del Tribunal Supremo, y así la función legislativa es la propia del legislador o parlamento, que entre nosotros se materializa en las Cortes Generales según dispone el artículo 66.2 de la Constitución; la función ejecutiva es la que corresponde al poder ejecutivo (Gobierno y Administración), lo que se refleja en los artículos 97 y 103 y la función jurisdiccional es la reservada a los jueces y tribunales, como consta en el artículo 117.

Ciertamente, ni nuestra Constitución ni ninguna otra han operado en el vacío: la atribución de dicha condición orgánica no es caprichosa ni puro convencionalismo, sino que obedece a un fundamento real o material. El legislador, llámase así por tener a su cargo la función legislativa o de establecimiento de normas abstractas susceptibles de aplicación indefinida. El poder ejecutivo recibe este nombre no por otro hecho que el de estar encargado de la función de ejecutar, o sea, de aplicar esas leyes que aprueba el anterior. Y el poder judicial, también llamado jurisdiccional, merece esta denominación por asumir la función jurisdiccional, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Existe, de este modo, una interdependencia clara entre el concepto formal y el concepto material (lo cual —por cierto— viene a confirmar la inmanencia de ambos al razonamiento jurídico). Los dos conceptos en buena medida coinciden y se explican mutuamente.

Pero la realidad es mucho más compleja y rica que ese esquema inicial. Basta echar una ojeada a cualquier sistema jurídico, incluso del llamado Estado de Derecho, para comprobar que las cosas no son tan simples. Se equivocaría gravemente quien afirmase que el poder legislativo absorbe toda la función materialmente legislativa y sólo ella, o que el poder ejecutivo se limita a dictar actos materialmente ejecutivos, o que los jueces son los únicos que realizan actividad jurisdiccional y no otra cosa.

En nuestro Derecho, por no ir más lejos, el poder ejecutivo es también legislador, participa por varios títulos en la función materialmente legisladora: desde la iniciativa legislativa —que implica la redacción de futuros

textos legales, en la práctica los más importantes— hasta la aprobación de reglamentos. Pues si ley materialmente entendida (como, por ejemplo, hace el art. 2 del Código Civil) es todo mandato abstracto dictado por autoridad legítima susceptible de aplicación reiterada, ¿acaso no convienen estos caracteres al reglamento administrativo? Y si esto es así, ¿no es corolario la cotitularidad del poder llamado ejecutivo en la función materialmente legislativa?

Por su parte, el Parlamento o poder legislativo no sólo legisla, por muy característico que esto sea de su posición, sino que realiza actos materialmente ejecutivos, esto es, actos que lejos de innovar el ordenamiento jurídico se limitan a aplicarlo en una relación simétrica a la que normalmente emplea la Administración Pública. Pensemos en nuestro Derecho en la elección del presidente del Gobierno y su destitución (arts. 99 y 114 de la Constitución), en la designación del Defensor del Pueblo (art. 54), en la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3), y en la de ocho magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159). Son todos ellos actos que nada tienen que ver con la creación de normas, sino ejecución de normas vigentes como las citadas y que cualitativamente no se diferencian de las elecciones y nombramientos para cargos que de ordinario competen al Gobierno. Las cámaras parlamentarias emiten también autorizaciones con o sin forma de ley, dirigen mociones al ejecutivo y cuentan con su propia administración, actuaciones que en modo alguno responden a lo definitorio de la actividad legislativa.

¿Ocurre lo mismo con el poder judicial? La respuesta afirmativa es tan fácil como en los casos anteriores, y ello asimismo en sentido positivo y negativo: ni toda la función materialmente jurisdiccional está en manos de los jueces y tribunales ni éstos se acantonan a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Fijémosnos en los rasgos definitorios más usuales de la función o actividad jurisdiccional. Según GUASP, es la función estatal por la que el poder público satisface pretensiones (3). Y esta satisfacción se hace aplicando las leyes en un procedimiento caracterizado por la dualidad de partes, el signo contradictorio de sus posiciones y la alterabilidad del llamado a proporcionar el fallo o solución. Puede haber otros rasgos, pero seguramente los anteriores recogen la esencia de su naturaleza. Pues bien, el mismo esquema se percibe cuando la Administración pública resuelve recursos administrativos y reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales (arts. 107-126 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Se dirá que median otras diferencias con la función jurisdiccional de los jueces, especialmente la independencia de estos últimos, lo cual es ciertamente innegable.

(3) Véase *Derecho procesal civil*, IEP, Madrid, 1977, pág. 101 y sigs.

Pero esta independencia es garantía de la posición imparcial de los jueces en el Estado de Derecho, no elemento definitorio en sí de la actividad jurisdiccional, del mismo modo que los privilegios de inmunidad e inviolabilidad de los parlamentarios no definen ninguna de las funciones a su cargo.

Esas diferencias adjetivas no impiden que los elementos configuradores de la función jurisdiccional sean coincidentes cuando la ejercen los funcionarios administrativos y los judiciales: se trata, en ambos casos, de una aplicación de las leyes destinada a la satisfacción de una pretensión (pues el recurso administrativo implica el ejercicio de una acción contra un acto administrativo), los que la asumen están vinculados por el Derecho (art. 103 de la Constitución para la Administración pública y 117.1 para el Poder Judicial), y aparecen dos partes enfrentadas (en el ejemplo citado el particular recurrente y la propia administración). Si alguna duda quedaba, la afinidad se comprueba mejor en el caso de las reclamaciones económico-administrativas (Real Decreto-legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, y su reglamento de 1 de marzo de 1996), donde los que juzgan se llaman Tribunales —central y regionales— y están estrictamente separados del órgano que dicta el acto impugnado y a pesar de ello pertenecen a la esfera administrativa. Otra manifestación la encontramos en algunas funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano claramente administrativo (art. 20 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia), pero con denominación y procedimientos parangonables a los de un juez (arts. 20 y sigs. de la misma Ley). Lo cual no quiere decir que la intervención del ejecutivo sea redundante respecto a la de los jueces o viceversa, ni mucho menos que sea ociosa la función jurisdiccional de los tribunales (4). Pero sobre esto volveremos más adelante.

En sentido opuesto, el poder judicial no se ocupa solamente de la función jurisdiccional típica, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino de otras cualitativamente distintas como expresamente reconoce el inciso final del artículo 117.4 de la Constitución. Por sólo citar unos ejemplos, cabe mencionar los supuestos recogidos en la propia Carta Magna: necesidad de autorización judicial para entrada en un domicilio (art. 18.2), para la intervención

(4) I. DE OTTO (*Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia. Madrid, 1989, pág. 17 y sigs.), aunque pretendía alcanzar un concepto absoluto de jurisdicción, incurría en vacilaciones por no reconocer la realidad que comentamos: admitía que órganos administrativos juzgan, pero negaba, acto seguido, su materialidad jurisdiccional por no tratarse de jueces imparciales. A nuestro juicio, ese defecto de imparcialidad sólo supone una más deficiente o insuficiente actividad jurisdiccional, pero no que conceptualmente esa actividad no sea juzgadora. Una cosa es la actividad jurisdiccional y otra la nota de independencia. Una cosa es decir que la actividad jurisdiccional de los jueces oficiales requiere la independencia (cierto) y otra que la actividad jurisdiccional sea exclusiva de los mismos. Una cosa es el sentido material de la jurisdicción y otra el elemento adjetivo de la independencia.

de comunicaciones (art. 18.3) y para el secuestro de publicaciones (art. 20.5). Se trata de controles sobre actuaciones gubernativas muy distintos de los actos procesales típicos. Por otro lado, los jueces tienen a su cargo buena parte de la jurisdicción voluntaria que, al parecer de GUASP, es «administración judicial del Derecho privado, sin constituir auténtica jurisdicción» (5). Finalmente, para no alargar más la cita, jueces y magistrados integran de modo mayoritario las juntas electorales encargadas de la administración electoral (arts. 8 y sigs. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio), cuya naturaleza no jurisdiccional se deduce hasta de su título (6).

d) CONCLUSIÓN QUE SE DERIVA DE LO ANTERIOR

La conclusión que se desprende de lo anterior es que el principio de división de poderes, consustancial al Estado de Derecho, no puede interpretarse más que como tal principio, en un sentido tendencial, nunca de modo absoluto. Como ya advirtió JELLINEK, «el poder del Estado no se deja fraccionar en sus manifestaciones exteriores, de suerte que pueda hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes (7). El otorgamiento de cada función —legislativa, ejecutiva y jurisdiccional— al poder homónimo es una norma general pero que no se consuma al ciento por ciento.

Dicho principio —repetimos que irrenunciable— no admite una traslación literal a la realidad. Al contrario, ésta da muestras de la presencia de numerosas derogaciones parciales, que no pueden presentarse como desviaciones injustificadas, pues las más de las veces obedecen a un fundamento lógico desde la perspectiva de la propia subsistencia del Estado de Derecho. De ahí, como señaló el profesor de Heidelberg y como venimos reclamando, que sea imprescindible separar las funciones formales y materiales si se quiere plantear adecuadamente problemas como el que nos ocupa.

Este es uno de los errores de la sentencia 402/1998: no remontar el vuelo sobre la letra del artículo 117.3 de la Constitución y no advertir que la misma y el ordenamiento jurídico ofrecen sobrados ejemplos de intervenciones de otros poderes en la función más característica de cada uno de ellos.

Que la ejecución extrajudicial de la hipoteca es una actividad ejecutiva es algo que no puede dudarse: su propia denominación así lo expresa. Pero que

(5) Véase *ob. cit.*, pág. 946 y sigs.

(6) Aplicando este desdoblamiento de perspectivas en ocasión anterior, quisimos demostrar que el control de constitucionalidad de las leyes no es propiamente actividad jurisdiccional, a pesar de estar a cargo de un intitulado Tribunal (el Constitucional), sino legislativa: dicho órgano actúa como legislador negativo. Véase F. SANTAOLALLA, «Naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995, págs. 117 y sigs.

(7) Véase *Teoría. ob. cit.*, pág. 460

esta actividad ejecutiva tenga que corresponder necesariamente a los jueces es mucho más dudoso: como actividad ejecutiva también puede corresponder al poder del mismo nombre (art. 97 de la Ley fundamental), máxime si se tiene en cuenta que hasta la ejecución de sentencias que afectan a la Administración pública «corresponderá al órgano que hubiera dictado el acto o la disposición objeto del recurso», tal como ordena el artículo 103 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, precepto que nadie ha entendido derogado hasta la fecha. En este sentido, el procedimiento notarial contemplado en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria satisface las exigencias de este poder, pues el notario es funcionario público (art. 1 de la Ley del Notariado) que se sitúa en la órbita de la Administración pública (según el art. 1 del Reglamento del Notariado dependiente del Ministerio de Justicia). Y, sobre todo, como queda dicho, el artículo 117.3 de la Constitución no puede interpretarse en un sentido puramente literal. Debe equilibrarse con otros principios y preceptos constitucionales, expresos o tácitos.

e) ¿INDIFERENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL?

¿Significa lo anterior predicar un indiferentismo absoluto en punto a las funciones estatales?, ¿cómo y dónde poner la frontera entre la función que corresponde a cada poder?, ¿no se está abriendo la puerta para que el legislador haga y deshaga a su antojo hasta el extremo de que los mandatos constitucionales no signifiquen nada? Estas preguntas pueden surgir casi inmediatamente de lo que acaba de defenderse. De ahí la necesidad de adelantar una contestación.

El relativismo del que venimos hablando no significa esa posible indiferencia ni que se borren las diferencias entre los tres poderes del Estado. Todos ellos se contraponen y siguen jugando el papel de contrapeso que MONTESQUIEU defendió como clave del Estado constitucional (8).

El poder ejecutivo dispone de capacidad normativa, sus reglamentos son materialmente legislación, pero ello no les equipara a las leyes en sentido estricto o formal, las que emanan del poder legislativo. Diversos artículos de nuestra Constitución garantizan su subordinación a estas últimas (9.3, 97, 103), otros la reserva de ley formal (art. 53,1, junto a otros muchos), mientras un tercer grupo permite la anulación de tales reglamentos cuando lo

(8) «Todo se perdería (para la libertad) si el mismo hombre, o la misma asamblea de principales o nobles, o del pueblo ejercieren estos tres poderes. el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares», decía el antiguo presidente del Parlamento de Burdeos en su famoso *L'esprit des lois*, libro XI, capítulo VI. Cito por la edición de Flammarion, París, 1979, pág. 295.

anterior no se respete (art. 106.1 y concordantes de la LOPJ). Por tanto, la igualdad de naturaleza de todas estas disposiciones no supone su equiparación en rango ni que no existan medidas para combatir una posible extralimitación de las inferiores.

Del mismo modo, que la actividad jurisdiccional del ejecutivo posea un común denominador con la que despliegan los jueces y tribunales no significa una identidad absoluta, sino antes bien una marcada distinción en la medida que la primera se subordina íntegramente a la segunda, esto es, los actos dictados para resolver un recurso en vía administrativa son siempre revisables por los órganos judiciales (arts. 1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, 8 y 9.4 de la LOPJ y 26.3 de la Ley 50/1997). En cambio, los actos jurisdiccionales procedentes del poder judicial no son susceptibles de revisión por ningún otro poder público o social (salvo los contados casos en que resulta procedente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o los recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que implican también actividad jurisdiccional, superpuesta a la de los tribunales ordinarios). En definitiva, lo que distingue a la función jurisdiccional de los jueces no es algo cualitativo sino su condición superior e irrevocable (9). Lo que reclama el Estado de Derecho y, en particular, el derecho fundamental a la tutela judicial es que todos los actos jurisdiccionales emitidos por cualquier persona o poder sean enjuiciables en un momento ulterior por los tribunales en sentido estricto.

Lo que conculcaría los principios constitucionales meritados y, en especial, los artículos 24 y 117.3 de la Ley suprema es que las decisiones juzgadas emitidas por la Administración pública no pudiesen ser revisadas por los jueces ordinarios.

Esta revisión del procedimiento ejecutivo notarial está expresamente asegurada por los artículos 236.n) y 236.o) (este último en cuanto se remite al 132 de la Ley Hipotecaria) del Reglamento Hipotecario, por lo que no puede afirmarse que posterguen los principios a los que nos venimos refiriendo. La sentencia comentada (fundamento noveno) es consciente de esa vía procesal, pero la rechaza por parecerle insuficiente un derecho a plantear un juicio declarativo de oposición por nulidad del título o de las actuaciones extrajudiciales. Pero, si se acepta, como creemos haber demostrado, que la ejecución extrajudicial no es en sí misma inconstitucional en la medida que pueda ser enjuiciada por los jueces, nos preguntamos qué otro cauce procesal distinto del juicio declarativo podría asegurar la plena revisión de cualquier ilícito que se hubiese producido en el título o en el procedimiento ante notario.

(9) REQUEJO PAGÉS, sin plantearse el problema que nos ocupa, advierte certeramente que lo definitorio de la jurisdicción es constituir una forma de aplicación del Derecho que represente el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento Véase *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989, pág. 89 y sigs

f) ARBITRAJE Y EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

La Sala de lo civil, en esta sentencia que glosamos, comete una contradicción que socava la base de su argumentación. Por un lado, admite la institución del arbitraje o «potestad de decidir el Derecho, o sea, de establecer la certeza del derecho (que) puede remitirse por voluntad de las partes al juicio de árbitros» (según lo define su fundamento cuarto), pero acto seguido rechaza que su ejecución —precisamente por ser acto ejecutivo— pueda corresponder a órganos no judiciales: «la ejecución del laudo —añade— es función atribuida exclusivamente a la jurisdicción».

En realidad, si se afirma que el arbitraje es actividad de decidir el derecho, de fijar su certeza —punto en el que coincidimos— quiere decirse que es, materialmente contemplado, actividad jurisdiccional, pues así es como entendemos a esta última: aplicación del derecho en un caso concreto que enfrenta a dos partes mediante la decisión de un tercero. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje debía entonces recibir la misma consideración a la vista del modal *exclusivamente* del artículo 117.3 de la Constitución y, consiguientemente, reputarse inconstitucional dicho instituto, pues siendo el juzgar y la ejecución de lo juzgado manifestaciones de la misma potestad jurisdiccional el sentido de la exclusividad tiene que ser el mismo para ambas. Dicho con otras palabras, si la nota de exclusividad se entiende en un sentido tan absoluto como para calificar de inconstitucional un acto de ejecución notarial de un título privado, la misma inconstitucionalidad hay que reconocer en el juicio, en ese «decidir el derecho», emitido por quien no es juez, cual ocurre con el árbitro.

5. ACTOS PRIVADOS Y FUNCIONES PUBLICAS

a) LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN CONVENCIONAL

No concluye con lo anterior la argumentación del Tribunal Supremo. Aporta otras razones que invitan a una reflexión más profunda y, seguramente, más polémica. Para la Sala de lo Civil otro motivo de la derogación de la ejecución hipotecaria extrajudicial es que «tal ejecución tiene su origen en un contrato, e ítem más, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público», añadiendo que «la autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de Justicia». La oposición a este carácter convencional es tan marcada que se llega a afirmar que «este Derecho privado ... pugna con los principios de las sociedades de civilización desarrollada».

Compartimos de estos asertos aspectos evidentes, como la indisponibilidad de las normas imperativas de Derecho público (en realidad habría que añadir las imperativas de Derecho privado), y que la autoejecución se asemeja a la defensa privada. Pero, frente a la sentencia, creemos que es posible esa «defensa privada» porque los particulares son también partícipes en la función jurisdiccional, como lo son en la legislativa y en la ejecutiva. Esto es, el Estado de Derecho y la Constitución admiten que los miembros de la comunidad puedan realizar actos materialmente legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales. Naturalmente, no se trata de actos formalmente tales, pues por definición éstos corresponden a los entes u órganos investidos oficialmente de la condición de legislativo, ejecutivo y judicial, según corresponda. También, naturalmente, tales actos no son idénticos a los que proceden de los poderes oficiales del Estado. Pero sí queremos decir que comparten con ellos una común naturaleza: lo que son por sí mismos. Veamos algunas pruebas.

b) PARTICULARES Y ACTOS LEGISLATIVOS

No sólo el Estado dicta actos legislativos, por más que los suyos sean los más importantes, sino también los particulares. Repetimos que estamos utilizando este vocablo en su acepción material, en el sentido genérico de normas. Pues si norma es un mandato abstracto susceptible de aplicación reiterada podemos convenir en atribuir esta calidad allí donde nos encontremos con un acto que responda a estas características.

Los individuos aprueban normas para regular sus espacios de libertad que el derecho estatal deja a su discreción. El hecho evidente de que no puedan contradecir las disposiciones obligatorias de este último sólo demuestra su carácter subordinado, no su carencia de naturaleza normativa.

No hace falta invocar las teorías kelsenianas sobre la común condición normativa de la legislación estatal y los contratos celebrados entre particulares, de modo tal que los segundos no serían más que desarrollo o concreción de la primera (10). El artículo 1.091 del Código Civil sería, por lo demás, una buena baza en favor de esta tesis al decir que *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*. Tampoco se requiere acogerse a las concepciones institucionalistas de SANTI ROMANO, según las cuales el ordenamiento jurídico general del Estado encerraría otros menores producto de las diversas instituciones que surgen en la realidad social (11).

(10) Por eso, según Kelsen, la mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del Derecho. Véase de este autor, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1977, pág. 147 y sigs.

(11) Véase su obra, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, pág. 205 y sigs.

Son muchas las muestras de esta potestad normativa en manos de individuos o grupos sociales y que traspasan el ámbito de lo puramente contractual. Normas que permiten regular determinadas relaciones interindividuales y que conviven pacíficamente con las procedentes de una autoridad pública. Tal vez haya que citar en primer lugar al Derecho consuetudinario (art. 1 del Código Civil), exponente claro de un derecho extraestatal. Como derecho escrito hay que mencionar a los convenios colectivos de trabajo, cuyo carácter más que obligacional se demuestra por el hecho de que vinculan a personas que no son partes en los mismos: según el artículo 82.3 del T. R. del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia*. Pensemos en los estatutos y reglamentos de que se dotan los sindicatos, tal como admite el artículo 2.2.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical o en los reglamentos de régimen interior que aprueban los consejos escolares [arts. 42.j) y 57.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de regulación del derecho a la educación], que se imponen a los miembros de los respectivos centros o en las *normas de régimen interior, que obligarán a todo titular y que puede aprobar el conjunto de propietarios al amparo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de la propiedad horizontal o, por no alargar más la cita, en el reglamento interno del sindicato que debe aprobar la Asamblea General de Obligacionistas* (art. 297 del T. R. de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-legislativo 1564/1989). No parece dudoso que en todos estos casos —y en otros de alcance parecido— estamos en presencia de disposiciones normativas, dados su tenor abstracto y su capacidad de aplicación reiterada o, lo que es lo mismo, ante legislación entendida *lato sensu*. Y si esto es así, la conclusión es que puede haber legislación (material) que no procede del Estado.

La extensión y la intensidad de la legislación estatal ha podido ocultar este hecho tan natural de que los particulares establezcan normas autónomas para regular su convivencia. Repetimos que otra cosa es que esta normación esté subordinada al derecho del Estado y que sólo pueda moverse dentro de los límites que éste le traza, muy a menudo de un modo tan restrictivo que apenas tiene ocasión de aflorar. Pero allí donde no exista *ius cogens* estatal renace la ocasión para la legislación por parte de los particulares. Obviamente, la supremacía e inderogabilidad del derecho estatal no deriva sólo de sus mandatos particulares, sino también de sus cláusulas generales. Y, así, toda normativa autónoma que constituya abuso de derecho habrá de tenerse por nula al amparo del artículo 7.2 del Código Civil (ahora más claro en virtud de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación).

Esta posibilidad de que los particulares realicen una actividad materialmente legislativa está seguramente asociada al principio de libertad a que

responde el Estado de Derecho. Una legislación estatal que regulase agotadamente todas las relaciones sociales sería posiblemente una legislación totalitaria, antítesis de la anterior. Por eso es natural y hasta conviene al primero que se den estas manifestaciones jurídicas de carácter privado. Sin duda, ello debe conciliarse con otras exigencias que legitiman que sectores enteros estén sustraídos íntegramente y otros en buena parte. De ahí la superposición de planos normativos y la clara subordinación de las normas privadas a las públicas. Pero que a su modo también los particulares participan en la legislación (material) parece indiscutible.

c) PARTICULARES Y ACTOS EJECUTIVOS

Del mismo modo los particulares participan en la función ejecutiva. Si ésta consiste en realizar los actos aplicativos de las leyes, en ejecutar lo previsto en las normas generales, no hay duda de que los mismos realizan esta actividad cuando cumplen las normas públicas o privadas. Esto es lo más normal y hasta lo deseable para la pervivencia del derecho positivo, el cual no podía estimarse vigente si no gozase de un mínimo de observancia espontánea. Si los particulares no ejecutasen medianamente los mandatos normativos, la conflictividad social que ello crearía sería seguramente inasimilable por el Estado.

Se dirá, con razón, que estamos usando un sentido impropio de la función ejecutiva, pues ésta aparece reservada por el artículo 97 de la Constitución al Gobierno del Estado y que, consiguientemente, no la pueden ostentar los particulares. Pero esa posible objeción supondría que estamos optando por una visión exclusivamente formal de la realidad: la definida por las leyes, en este caso por la Constitución. Decir eso es algo evidente: la función ejecutiva es exclusiva del Gobierno por que así lo ordena la Constitución y los actos ejecutivos legalmente reservados a la Administración pública no pueden adoptarse por los particulares.

Pero, ¿es que no ejecutan las leyes los ciudadanos cuando cumplen sus obligaciones tributarias?, ¿puede trazarse una diferencia sustantiva entre estos actos y los que adopta la Administración instando precisamente a su realización?, ¿acaso no constituyen todos ellos actos de cumplimiento de las mismas leyes y, por ende, poseedores de la misma naturaleza? La única diferencia es la subjetiva, pero cualitativamente los actos que realizan sujetos diversos son equivalentes. Aquí nos situamos en una perspectiva material, no utilizada por las leyes, pero no por ello menos existente. No olvidarse de esta segunda puede ser el medio de plantear correctamente problemas como el que nos ocupa.

d) PARTICULARES Y ACTOS JURISDICCIONALES

Ya barruntará el lector que el criterio sostenido nos lleva a defender la realización de actos jurisdiccionales y, por tanto, el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares, de esos que las leyes se limitan normalmente a contemplar como justiciables, más como destinatario que como sujeto agente de la administración de la justicia.

Esa actuación materialmente jurisdiccional privada se concreta en algo que la sentencia de referencia conoce y aprueba, como es el arbitraje. Si éste supone la resolución de una controversia por un tercero al que se remiten las partes enfrentadas, quiere decirse que están presentes los elementos definitorios de la función jurisdiccional (*supra*), y, por tanto, no debe existir reparo en reconocer su naturaleza común con la actividad desplegada por jueces y tribunales. En este sentido, Díez-PICAZO ha reconocido que la determinación de un tercero, como el árbitro, es siempre un juicio desde un punto de vista lógico (12). MERINO MERCHÁN defiende también una justicia convencional y señala que «la categoría de juicios privados es científicamente irrefutable» (13).

El propio derecho del Estado reconoce indirectamente, pero con claridad, esto que venimos defendiendo. El artículo 12.2 de la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de arbitraje, dispone que *cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio*, de donde se desprende que lo que resuelve el arbitraje es una cuestión litigiosa y que ello se hace, o puede hacerse, conforme a Derecho, razón por la cual se exige que la resolución o laudo lo emita un jurista. Todos estos rasgos son también predicables de la función juzgadora de los tribunales, confirmándose su común calidad: los jueces resuelven cuestiones litigiosas, lo hacen conforme a Derecho y son juristas de profesión.

Lo anterior nos muestra, en contra del criterio sustentado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que puede existir una justicia privada, convencional, y que la misma no repugna a la Constitución y al Estado de Derecho. Al margen de las consideraciones de orden práctico que suelen esgrimirse a favor del arbitraje (del tipo de la necesidad de descargar de trabajo a los siempre agobiados tribunales), creemos que la propia naturaleza del Estado de Derecho, basado a la postre en el principio de libertad, quiere que los individuos resuelvan en lo posible autónomamente sus controversias y que sólo cuando el conflicto se haga insuperable por estos medios se impetere la intervención estatal.

(12) Véase, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 60 y sigs

(13) Véase, «El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado», en AA.VV., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX Homenaje al profesor Garrido Falla*, Ed Complutense, vol II, pág. 1069 y sigs

El principio del que debe partirse es, pues, el de la libertad de los privados. El artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, proclamó algo capital para el Estado de Derecho: *todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie podrá ser obligado a hacer lo que ella no ordene*. Hay que ser consciente de que lo que hacen la Ley Hipotecaria y la Ley del arbitraje no es despojar a la jurisdicción estatal de algo que le corresponda naturalmente, sino regular un fenómeno que seguiría siendo lícito aunque dichas leyes no existiesen y salvo prohibición expresa, cosa esta última que no se da en el caso presente. Nada de extraño, por ende, en estas previsiones.

Pero la común naturaleza entre los actos normativos, ejecutivos y jurisdiccionales procedentes de los particulares con los homónimos de los poderes estatales no significa identidad absoluta.

6. DIFERENCIAS ENTRE ACTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

a) LA SUPREMACÍA DEL ESTADO

Como decimos, el común denominador de los actos normativos, ejecutivos y jurisdiccionales, se deban al Estado o a los súbditos, no debe hacer olvidar las dos diferencias que median entre ellos. Por un lado, está la diferencia ya advertida de grado, de alcance cuantitativo: todos esos posibles actos de los particulares se someten al poder del Estado y por tanto sólo pueden existir en la medida que no lo impida su legislación.

La capacidad normativa de las organizaciones privadas está subordinada a lo que dispongan las leyes del Estado y no pueden contrariarla ni excederse del ámbito que ésta les ceda. Así, la autonomía contractual está severamente cercenada en ámbitos como el del seguro (Ley de 8 de agosto de 1980, reguladora del contrato de seguro, y Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados); las fundaciones se rigen por la voluntad de su fundador y por sus estatutos (art. 1.2 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general), pero a su vez tal voluntad o tales estatutos son nulos si contradicen dicha ley (art. 9.2 de ídem); las iglesias y confesiones religiosas pueden *establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal*, pero ello no puede significar la vulneración de *los derechos y libertades reconocidos por la Constitución* (art. 6.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa); y otro tanto ocurre con la capacidad normativa interna de los sindicatos (arts. 12 y sigs. de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical).

Los sujetos privados también realizan infinidad de actos de ejecución de las leyes, muchos de ellos en paralelo a los que proceden de la Administración pública (piénsese en las innumerables relaciones jurídico-administrativas y en diversos negocios jurídicos privados de carácter bilateral), pero tampoco es raro que actividades materialmente ejecutivas sean concebidas como monopolio de los órganos públicos. Tal sería el caso de la emisión de billetes, prevista como exclusiva del Banco de España por el artículo 15 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España, o la seguridad pública, definida como exclusiva del Estado por el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Incidentalmente no está de más recordar la tendencia creciente a que el sector privado participe en actividades hasta hace poco tenidas como intransferibles de los poderes públicos: ya que se ha citado el tema de la seguridad puede invocarse la admisión de servicios privados de vigilancia y seguridad por la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada. Otro ejemplo sería el caso de las telecomunicaciones y la televisión, antaño monopolio estatal y hoy compartidas con la iniciativa privada (Leyes 10/1998, de 3 de mayo, de regulación de la televisión privada, y 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones).

También los actos materialmente jurisdiccionales que proceden de los particulares están sometidos al imperio estatal y no pueden darse más que en la medida que lo admita su legislación. Por eso, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, traza límites y requisitos al arbitraje y dispone un sistema de control por los jueces y tribunales (arts. 38-51) para hacerlos efectivos.

Y, en el caso juzgado por la sentencia del Tribunal Supremo, está también garantizada esta subordinación. El procedimiento hipotecario ejecutivo notarial puede ser revisado por los tribunales ordinarios con ocasión de cualquier vicio jurídico que se pueda producir, según previenen los artículos 236.n) y 236.o) del Reglamento Hipotecario. No sólo su origen es voluntario sino que, además, su conclusión es reversible si lesiona cualquier derecho o interés protegido. Lo cual demuestra —como ya se adelantó— que el derecho a la tutela judicial permanece indemne: si se acude al procedimiento ejecutivo notarial es porque libremente así se quiso, no porque se tratase de algo impuesto por una de las partes o por las disposiciones estatales, permaneciendo además franco el acceso a los tribunales para cualquier reclamación que se suscite contra el mismo.

Pero tampoco puede pensarse que el Estado ejerza un señorío absoluto e ilimitado que le permita avocar cualquier actuación legislativa, ejecutiva o jurisdiccional en manos privadas. El mismo artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, proclamaba algo que desde entonces se entiende inherente a un sistema de libertades: que *la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad*. Vuelve a repetirse

la presunción de libertad de los particulares que veíamos en el epígrafe anterior y que supone que el Estado sólo puede sustraer una actuación del ámbito privado cuando se considere que lo exige el interés público, esto es, por razones atinentes a la libertad, a la justicia o a la seguridad del mayor número.

La conclusión que se deriva de lo anterior es que el Estado no puede suprimir la justicia convencional o el procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecario más que si se estima que así lo demanda el interés público. Y no parece ser éste el caso: la sentencia comentada no apela a la lesión de algún valor sustantivo, sino a una consideración puramente formal como es la supuesta invasión de un atributo reservado exclusivamente al poder judicial por el artículo 117.3 de la norma suprema. El vicio sería de orden competencial, sin esgrimirse ninguna razón de mérito por la que habría que interpretar este artículo en sentido tan radical y excluyente (14).

b) LA COERCIÓN ESTATAL

Pero hay una segunda diferencia entre la actividad materialmente legislativa, ejecutiva y jurisdiccional de los sujetos privados y la de los poderes públicos. Se trata de un elemento separable, discernible de aquéllas, y con una dimensión cualitativa, en el sentido de significar algo por sí mismo. No consiste en legislar, ni en ejecutar (aplicar) la ley ni en juzgar. Pero puede acompañar a esas actuaciones cuando son públicas, procedentes de órganos del Estado, pero no puede hacerlo, en cambio, si se trata de actuaciones privadas. Nos referimos a la imposición coactiva.

El Estado es el único depositario legítimo del uso de la fuerza y goza de la facultad de imponer sus mandatos legales, sus resoluciones administrativas y sus sentencias y autos judiciales por vía coercitiva, venciendo cualquier resistencia que pueda oponerse. Desde que HOBBS iluminó los fundamentos del Estado hace tres siglos es algo que resulta indubitado (15). Curiosamente, no recordamos ningún precepto legal que recoja expresamente principio tan básico, pero sin duda ello es consecuencia directa del hecho de ser el Estado soberano, lo que nuestra Constitución recoge en el artículo 1.2.

Por el contrario, semejante recurso a la vía de hecho está radicalmente excluida para los particulares: sus normas autónomas, sus actos aplicativos y

(14) Debe recordarse en este punto que el procedimiento ejecutivo judicial de los artículos 130 y 131 de la Ley Hipotecaria, con el que guarda un paralelismo evidente el notarial (sólo desmentido en los aspectos en que el segundo introduce más garantías), ha sido reiteradamente aceptado por el Tribunal Constitucional. Sentencias 41/1981, de 18 de diciembre, 6/1992, de 16 de enero y 217/1993, de 30 de junio.

(15) Así, DE OTTO, en *Estudios*, cit., pág. 25. reconoce que la ejecución forzosa es monopolio del poder público.

sus actos de justicia convencional necesitan de la intervención pública para imponerse por la fuerza. Reflejo de esta realidad y del monopolio estatal de la coacción se encuentra en la tipificación como delito de la realización arbitraria del propio derecho: según el artículo 435 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) *el que para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses* (16). Sólo en muy contados y justificados casos autoriza el Derecho al recurso privado a la fuerza, como sería la legítima defensa, el estado de necesidad (art. 20 del mismo Código), etcétera.

Este límite está sobradamente observado en el procedimiento extrajudicial hipotecario, razón por la cual no puede afirmarse que vulnere ningún principio constitucional. En efecto, el artículo 236.m) del Reglamento Hipotecario dispone que *el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen*, de donde se deduce claramente que si no hay entrega espontánea de la finca adjudicada en la subasta notarial, el interesado no tendrá más alternativa que recurrir a la instancia judicial, la cual como órgano estatal es la única para disponer la entrega forzosa. Es ahí donde se muestra el respeto al monopolio jurisdiccional rectamente entendido y a la supremacía del Estado. Razón por la cual no podemos aceptar que el citado procedimiento haya quedado derogado por una supuesta norma constitucional contraria.

c) EL RECTO SENTIDO DEL MONOPOLIO JURISDICCIONAL

Se podría ver en lo anterior una consecuencia negativa para el principio de exclusividad de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de los tribunales, cuyos límites quedarían difuminados ante esta coparticipación de los privados en actos materialmente equiparables. Pero nada de esto acontece si se interpreta principio tan característico del Estado de Derecho en sus justos términos, alejándole del rigorismo que impregna la sentencia comentada.

El recto sentido de esa atribución exclusiva que recoge el artículo 117.3 de la Constitución no es proscribir toda actividad juzgadora y de ejecución de lo juzgado de los particulares, sino establecer un límite definido ante las

(16) Otra muestra se encuentra en el delito de coacciones. A tenor del artículo 172, par. 1.º del Código Penal, *el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*. Véase también los artículos 163, 245 y 246.

ramas del Estado distintas del judicial, para así dar efectividad al principio de división de poderes, garantía a su vez de un régimen de libertades, como se desprende del artículo 16 de la repetida Declaración de derechos de 1789 (*toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución*). Lo que busca este principio es evitar una vuelta al absolutismo por la vía de la acumulación de funciones tan decisivas y heterogéneas en un mismo órgano estatal. Es, en definitiva, un principio de proyección intraestatal más que extraestatal. En concreto, la reserva jurisdiccional opera básicamente frente a los poderes legislativo y ejecutivo y no frente a los particulares. Paralelamente, el mismo principio de división de poderes exige la reserva del bloque fundamental de la función legislativa al Parlamento y sólo tolera una participación complementaria y subordinada en la misma al poder ejecutivo. Del mismo modo la parte más granada de la función ejecutiva es atributo del Gobierno sin perjuicio de que a veces intervenga el legislativo por la vía del control. Y, como se deduce de esto último y como ya señalamos en el epígrafe 4, ni siquiera frente a los otros poderes estas reservas tienen un valor absoluto que permita hablar de monopolios en sentido estricto.

Que principios como el enunciado en el artículo 117.3 de la Constitución atienden al reparto de las funciones estatales entre sus diversos componentes y no a supuestas exclusiones de los particulares lo demuestra el más conocido teórico de la división de poderes: MONTESQUIEU señalaba que no habría libertad «si la potestad de juzgar no estuviese separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese reunida con la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; si estuviese reunida con la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor» (17). Lo que le preocupaba era el detrimento de la libertad individual por obra de la concentración de funciones en una misma autoridad. Su postulado separador se enmarcaba, por tanto, en la esfera estatal, muy alejada de cuestiones como las que ahora nos ocupan. En sentido análogo, HAMILTON, en el número 78 de *El Federalista*, tras ensalzar la división de poderes, aducía que «así como la libertad no puede temer nada de un poder judicial separado, tendría en cambio que temer todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos» (18). Recientemente lo mismo se reconoce por K. LOEWENSTEIN (19) y ya, más apegado a nuestra Constitución, por L. M. Díez-PICAZO (20).

(17) Véase, *L'esprit*, cit., pág. 294.

(18) Cito por *The Federalist papers*, de A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, Bantam Books, pág. 394.

(19) En su conocido opúsculo *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, pág. 295 y sigs.

(20) Véase, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 43 y sigs.

7. INFRACCION DE RESERVA DE LEY

Un punto de coincidencia con la sentencia de la Sala de lo Civil lo tenemos en su apreciación (fundamento décimo) de que el artículo 129, párrafo 2, de la Ley Hipotecaria representa una vulneración de la reserva legal. Ahora bien, consecuente con sus planteamientos, la sentencia considera que la vulneración se concreta en el olvido de la referencia final del artículo 117.3 de la Ley suprema *a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*. Como la ejecución hipotecaria sería una actividad procesal, debería observarse la reserva legal de las normas procesales.

Parécenos que dicha reserva está concebida para los procesos en sentido estricto, o sea, los que se siguen ante los Tribunales de justicia. Por lo cual no puede alcanzar a un procedimiento extrajudicial como es el ejecutivo notarial. En cambio sí nos parece incumplida la reserva legal que se deriva del artículo 33 (derecho de propiedad) en concordancia con el 53.1, ambos de la Constitución, en la medida que el segundo preceptúa que *sólo por ley. . podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades* (los reconocidos en el capítulo segundo del título I, entre los cuales el citado). Hay que tener en cuenta que el procedimiento hipotecario determina una transmisión del dominio a favor del rematante o adjudicatario y que la escritura que así lo recoge es título bastante para la correspondiente inscripción registral (arts. 234 y 236.1 del Reglamento Hipotecario), lo que demuestra que la regulación que así lo disciplina incide en el derecho de propiedad. En definitiva, lo que hace el artículo 129, párrafo 2, de la Ley Hipotecaria al remitirse en bloque al reglamento es una deslegalización, al menos parcial, improcedente a la luz de aquellos mandatos constitucionales, remisión tanto más sorprendente si se la compara con la regulación que de por sí incorporan los artículos 130 y 131 para el paralelo procedimiento seguido ante los jueces. El contenido del Reglamento Hipotecario (arts. 234 a 236) no suscita reparos de inconstitucionalidad, salvo el advertido de su insuficiencia de rango. Esto debería subsanarse.

8. UNA SALIDA PARA EL PROBLEMA

Es dudoso si el fallo criticado, habida cuenta de su carácter único en el momento de escribir este comentario, causa jurisprudencia de tal modo que los restantes tribunales y, en general, los destinatarios de esa legislación deban entenderla derogada. La inseguridad aumenta si se tiene en cuenta las resoluciones de signo opuesto del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, a las que ya se ha hecho referencia.

De lo anterior, y vista su repercusión social, que sea urgente una clarificación en la materia. Como el único vicio que reconocemos en dicha normativa es el formal de insuficiencia de rango, nos atrevemos a postular su inmediata transformación en ley o norma con rango de ley. Esto es, lo que disciplinan buena parte de los artículos 234 a 236.o) del Reglamento Hipotecario debe formar parte de la propia Ley Hipotecaria o de una ley independiente, a cuyo efecto podría remitirse a las Cortes un proyecto de ley a tramitar, si las circunstancias lo exigen, por el procedimiento de urgencia o, incluso, aprobarse mediante Decreto-ley. Dicho texto debería normar el núcleo del procedimiento extrajudicial, que aproximadamente abarcaría los mismos aspectos que recogen los artículos 130 y 131 de la Ley Hipotecaria para el procedimiento judicial, pudiendo abandonar el resto a la disciplina reglamentaria, también en consonancia con lo efectuado para este último.

Con ello se subsanaría el único defecto comprobado y se introduciría un elemento de seguridad al menos temporal. Pero no sólo esto, sino que se alumbraría una norma que no podría ser enjuiciada por un tribunal ordinario por mor de su condición postconstitucional, a diferencia de lo que ocurre con la actual Ley Hipotecaria, y que sólo admitiría su revisión por el máximo intérprete constitucional, evitándose así discrepancias tan turbadoras como las aludidas. El Tribunal Constitucional, a través de los cauces oportunos, podría dirimir de una vez por todas si la ejecución hipotecaria extrajudicial se acomoda a las exigencias constitucionales.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ
Letrado de las Cortes Generales
y Profesor Titular de Derecho Constitucional

DICTAMENES Y NOTAS

El concepto europeo de «residuo» en crisis

Título original: *Der europäische Abfallbegriff in der Krise*

Traducción: IRENE TOFIÑO RODRÍGUEZ

I. INTRODUCCION

La legislación sobre residuos, en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, está cada día más determinada por el Derecho comunitario. En España este hecho es apenas admitido. La razón fundamental de ello puede encontrarse en que la europeización del «derecho de residuos» no aporta soluciones adecuadas a los problemas que plantea esta materia, una de las dificultades se encuentra en la delimitación entre lo que debe considerarse «residuo» y «no-residuo». Por otro lado, parece existir un consenso general, en cuanto a las carencias que presenta el término establecido en la Directiva del Consejo (1).

Así, a mediados de 1996, un miembro del Parlamento Europeo hizo una petición ante la Comisión para que ésta comunicase sus deliberaciones en torno a las correcciones que afectasen al concepto de residuo, ya que la actual definición de residuos ha demostrado ser inservible por ser demasiado amplia (2). La Comisión, por su parte, afirma estar manteniendo discusiones internas sobre la conveniencia de aclarar y, en su caso, de modificar la definición de residuos que figura en la letra a) del artículo 1 de la Directiva; de igual modo, sostiene que mientras el debate acerca de la delimitación del concepto de «residuo» y «no-residuo» permanezca abierto en otros foros,

(1) Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (DO núm. L 194 de 25-7-1975, pág. 47), modificada por las Directivas 91/156/CEE, de 18 de marzo de 1991 (DO núm. L 78 de 26-3-1991, pág. 33) y Directiva 91/692/CEE, de 23 de diciembre de 1991 (DO núm. L 377 de 31-12-1991, pág. 48).

(2) Pregunta escrita P-1999/96, de 12 de julio de 1996 (DO núm. C 385 de 19-12-1996, pág. 75).

como es el caso de la OCDE y ocurre en los Estados miembros, no se ve en la disposición de ofrecer una postura definitiva (3). Aunque durante este período de discusiones, el Consejo ha sugerido a la Comisión un esfuerzo por aclarar la delimitación de los conceptos comentados (4), no se ha podido apreciar hasta el momento resultados palpables en cuanto a modificaciones en las Directivas en materia de residuos. Por ello, habrá que referirse aún al Tribunal de Justicia, como pilar del actual sistema jurídico vigente, para concretar las fronteras de la definición comunitaria de residuo y, con ello, abarcar el concepto español. En adelante, expondremos una visión crítica del debate jurisdiccional aportado por el Tribunal de Justicia hasta el momento.

II. FUNDAMENTOS

La Directiva 75/442/CEE define en la letra *a*) de su artículo 1 los residuos como «cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse». En la Decisión 94/3/CEE (5), se establece una lista detallada de «residuos» de conformidad con lo dispuesto en el Anexo I de la mencionada Directiva («Catálogo europeo de residuos»).

Según esta lista, sólo cabe hablar de «residuos» cuando se den los siguientes elementos:

1. Debe tratarse de una de las sustancias incluidas en el Anexo I o enumeradas en el «Catálogo europeo de residuos».
2. Se distingue una parte conceptual objetiva cuando el poseedor se desprende del residuo, de una subjetiva, cuando existe la voluntad de hacerlo.

Estos dos elementos del concepto de residuo deben aparecer juntos (6). Debido a la enorme amplitud del Anexo I y del «Catálogo europeo de residuos», aparecerá siempre el primer elemento descrito. Mayor problema plantea el afirmar si se trata, efectivamente, de «desprendimiento». Una defini-

(3) Respuesta a la pregunta escrita P-1999/96, de 9 de septiembre de 1996 (DO núm. C 385/75), la Comisión admite que la definición comunitaria de residuos está lejos de resolver la problemática que resulta de la distinción entre residuos y productos.

(4) Resolución del Consejo, de 24 de febrero de 1997, sobre una estrategia comunitaria de gestión de residuos (DO núm. C 76/01).

(5) Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 1993, por la que se establece una lista de residuos de conformidad con la letra *a*) del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, relativa a los residuos (DO núm. L 5 de 7-1-1994, pág. 15).

(6) Abogado General Jacobs, TJCE, vol. I, 1997, párr. 60 - Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne.

ción de este término no aparece en la Directiva sobre residuos. No obstante, puede deducirse a raíz de los artículos 4 y 8 a 12 de la Directiva, así como del Anexo II-A y Anexo II-B, que el concepto de «desprendimiento» engloba tanto a las operaciones de eliminación como a las operaciones que dejan una posibilidad de valorización (recuperación) (7). De todos modos, esto no ayuda a entender cómo debe interpretarse este concepto.

III. ANALISIS

La definición de «desprendimiento» establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 28 de marzo de 1990, en relación a la antigua directiva marco sobre residuos (8), queda ya muy lejana. A partir de dicha definición, no debe entenderse el concepto de residuo en el sentido de que excluye las sustancias y objetos susceptibles de reutilización económica. Ante una interpretación tan amplia, surge la incógnita sobre qué materiales no son, desde el punto de vista europeo, residuos. Se hace necesaria una delimitación ordenada y clara entre productos y desechos. Con ello, resolveríamos, por ejemplo, que la venta de un coche usado no quedase definida como «desprendimiento», aunque en propiedad estuviésemos hablando de «reutilización económica». De la misma forma, una botella vacía, reutilizada como jarrón de flores, difícilmente pueda conceptuarse como residuo. En general, puede afirmarse que la transmisión de objetos sin utilidad ya para su dueño originario, no pueden ser clasificados como residuos o desechos. El TJCE ha evitado hasta hoy establecer criterios que fijen una distinción causal y ordenada para «residuo» y «no-residuo» y se mantiene, incluso en sus más recientes sentencias, fiel a su extensa definición ya mencionada. Así, estableció el Tribunal en la resolución del caso *Tombesi* de 25-6-1997, que un material como tal debería ser clasificado como residuo aún cuando se tratase de sustancias y objetos susceptibles de reutilización económica o incluso siendo objeto de transacción o de cotización en bolsa (9). Decisivo para la clasificación de una sustancia como desecho reutilizable, es única y exclusivamente desde el punto de vista de esta normativa comunitaria, si su tratamiento responde a uno de los procesos de eliminación o de valorización definidos en los Anexos II-A y II-B de la directiva marco. En esta postura se ha reafirmado el TJCE, que señala como operaciones de eliminación de residuos, comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la

(7) TJCE, vol. I, 1997, párr. 27 - Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallone.

(8) Vol. I, 1990, pág. 1461, párr. 8 y 9 - VESSOSO y ZANETTI, vol. I, 1990, pág. 1509. Rn. 12 y 13 - ZANETTI y otros

(9) Vol. I, 1997, pág. 3561, párr. 54 - TOMBESI y otros.

normativa comunitaria, tanto los procesos de neutralización de residuos, la descarga de residuos en depresiones del terreno o su uso para terraplenar, así como su incineración, considerando irrelevante el que una sustancia sea calificada como desecho reutilizable, sin que se precisen sus características o su destino (10).

Lo mismo se deduce de una sentencia más reciente de 18-12-1997 (11), en la que el TJCE mantiene inalterable, al menos en cuanto a su punto de partida, esta tradición jurisprudencial. La tendencia a ampliar el concepto jurídico comunitario de residuo, tanto como sea posible, puede apreciarse fácilmente en sus conclusiones, al declarar que el mero hecho de que una sustancia esté integrada, directa o indirectamente, en un proceso de producción industrial no la excluye del concepto de residuo. Así, sustancias que participan en un proceso de producción industrial, podrían ser en opinión del Tribunal, igualmente residuos. Esta afirmación nos lleva a determinar que este tipo de materiales, bajo ciertas circunstancias, puedan ser calificados también como «no-residuos». Una conclusión adicional podría deducirse de la necesidad de un análisis del problema de delimitación (referido a la relación de las operaciones que dejan una posibilidad de valorización o recuperación en el sentido que expresa en Anexo II-B) (12), aún cuando el TJ reconoce al mismo tiempo como irrelevante, la clarificación del término «residuo». En definitiva, la Sentencia de 18-12-1997 nos transmite una doble impresión. Por un lado, se ha vuelto a sustraer el TJCE de la necesaria tarea de sentar unos criterios claros y ordenados para delimitar los conceptos de «residuo» y «no-residuo». Por otro lado, no es que en esta materia se le hayan puesto piedras al jurista, sino que también se le ha allanado algo el camino. De cualquier forma, esto se deduce de la postura del Abogado General Jacobs, que sigue el proceso tanto en sus fundamentos como en sus conclusiones. A este respecto, la cuestión de la delimitación resulta irrelevante en la situación actual del Derecho comunitario para la fijación del término europeo de «residuo» (13). Razón por la cual, el TJCE no necesita expresarse en este sentido. En cualquier caso, esto no significa que no deba atenderse a este problema desde el ámbito nacional. En otras palabras: La reserva mostrada por el TJCE en esta materia abre a los Estados miembros la oportunidad de restringir el amplio concepto europeo de residuo, en tanto el proceso de discusión no se materialice en una modificación de la directiva que afecte a las legislaciones nacionales. Esta situación plantea la cuestión de hasta qué

(10) Vol. I, 1997, pág. 3561, párr. 53 - TOMBESI y otros.

(11) TJCE, vol. I, 1997 - Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallone.

(12) TJCE, vol. I, 1995, pág. 1097, párr. 21 y 34 - Comisión/Gobierno alemán.

(13) Abogado General Jacobs, TJCE, vol. I, 1997, párr. 69 ff. - Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallone; comp. TJCE, vol. I, 1997, pág. 3561, párr. 56 - TOMBESI y otros.

punto debe llegar el *renacimiento temporal del término europeo de residuo*. También en este sentido, la postura del Abogado General nos aporta valiosas indicaciones. Ya en el caso *Tombesi* llegó a la determinación fundamental de que la directiva, en materia de residuos, distinguía implícitamente entre materiales que, manteniendo su forma original, son reutilizados y aquéllos sometidos a procesos de elaboración en el sentido del Anexo II-B. Según esto, un subproducto o un producto intermedio no sería clasificado como residuo si se emplease de forma inmediata en un proceso de producción, sin haber sufrido previamente algún tipo de elaboración. Un documento interno de la OCDE, introducido por el Gobierno alemán y citado por el Abogado General Jacobs, reafirma a éste en su postura. En dicho documento se enumeran 17 criterios de delimitación (entre otros, se atiende a fines de aprovechamiento, de producción, de modificación de sustancias, criterios de calidad o valoración de mercado) (14). El Abogado General Jacobs asume que el documento de la OCDE refleja un cierto consenso alcanzado por los Estados miembros, del que se deduce que una «materia secundaria» o un derivado de la producción no sería residuo si se pudiese reutilizar como sustituto de una materia prima, de forma inmediata, esto es, sin necesidad de elaboración en un proceso nuevo (15). Esto es particularmente válido cuando el subproducto no resulte más nocivo para el medio ambiente que la materia sustituida y se someta, por tanto, a las mismas especificaciones y estándares (16). El Abogado General resume sus conclusiones de la siguiente manera: Para la distinción entre una reutilización de residuos y el tratamiento de materias, no consideradas como residuos, resulta indicativa la cuestión de si una materia en su estado presente será empleada de forma inmediata. En el caso de derivados, subproductos, materiales secundarios u otro tipo de sustancias, resultantes de procesos industriales, se presume esta circunstancia cuando el material o el tratamiento al que se ve sometido cumple las exigencias medio ambientales y de protección a la salud pública para los productos resultantes sin creación de residuos o válidos para los procesos que no entrañen residuos.

III. RESULTADO

Ante la panorámica actual del Derecho Comunitario, el concepto europeo de residuo se encuentra sujeto a concretización nacional. No obstante, los

(14) Abogado General Jacobs, TJCE, vol. I, 1997, pág. 3561, párr. 52 ff. - *TOMBESI* y otros.

(15) Abogado General Jacobs, TJCE, vol. I, 1997, párr. 78 - *Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne*.

(16) Abogado General Jacobs, TJCE, vol. I, 1997, párr. 79 - *Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne*.

Estados miembros no pueden retirar de la legislación sobre residuos, subproductos comerciales y procesos de producción y distribución regulares, sin embargo, son libres de aplicar y desarrollar criterios para la delimitación entre «residuo» y «no-residuo». La extensa e imprecisa definición de residuo, establecida en la Directiva, ha originado una *divergencia parcial entre las distintas definiciones de los Estados miembros*. Desde un punto de vista procesal, esto supone, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, que la demarcación de competencias entre el TJCE y el Tribunal nacional queda repartida (17). Los tribunales españoles asumen, igualmente, la tarea de un desarrollo claro y ordenado de los criterios de delimitación y así concretar la amplia definición comunitaria. Lo mismo resulta aplicable al legislador español. Es de esperar que esta actividad sea acometida con seriedad, ya que esto, por lo menos a medio plazo, redundaría notablemente en beneficio de la seguridad jurídica.

IV. CONCLUSION

A diferencia de lo que el Abogado General Jacobs nos quiere hacer ver, no resulta claro cuáles hayan de ser los criterios de delimitación que terminen imponiéndose y motiven una posible modificación de la Directiva en materia de residuos. Desde círculos de la OCDE no se transmite la impresión de haber alcanzado un consenso pleno. El documento oficial definitivo que se ocupa de esta cuestión, el «Task Force», en elaboración por el «Waste Management Policy Group», quedará previsiblemente concluido este año, e incluirá significativas orientaciones de ayuda más allá del documento de discusión citado por el Abogado General. A la aparición de dicho documento definitivo habrá que permanecer expectante, porque también influirá en el proceso de discusión en el seno de la Comisión. Las presentaciones a desarrollar en París podrán determinar el destino de la definición del concepto jurídico comunitario de residuo.

Prof. Dr. ULRICH M. GASSNER
Profesor de Derecho Público
Universtät Augsburg

(17) Abogado General Jacobs, TJCE, vol. I, 1997, pág. 3561, párr. 56 - TOMBESI y otros.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho Europeo

1. *Modificación del Tratado de la Unión Europea.*—En el *DOCE* C 340, de 10 de noviembre de 1997, se publica el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

2. *Directiva sobre firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos.*—Aún pendiente de publicación en el *DOCE*, se ha aprobado la Directiva 98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores. Puede verse su texto en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 38, mes de junio, páginas 1419 y siguientes.

3. *Convenio sobre medio ambiente en el Atlántico.*—En el *BOE* del 24 de junio se publica el Instrumento de ratificación del Convenio para la protección del medio ambiente marino del Atlántico nordeste, hecho en París el 22 de septiembre de 1992.

4. *Convenio para la protección de los derechos humanos.*—En el *BOE* del 26 de junio se publica el Instrumento de ratificación del protocolo número 11 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por convenio hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994.

B) Legislación nacional

Se han promulgado las siguientes disposiciones de rango legislativo:

— Real Decreto-ley 5/1998, de 28 de mayo, por el que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales (*BOE* de 30 de mayo).

— Real Decreto-ley 7/1998, de 19 de junio, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de junio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias (*BOE* de 20 de junio).

— Ley 19/1998, de 15 de junio, por el que se aprueba la modificación del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra (*BOE* de 16 de junio).

— Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de reforma del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (*BOE* de 16 de junio).

— Ley Orgánica 3/1998, de 15 de junio, de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (*BOE* de 16 de junio).

C) Comunidades Autónomas

Andalucía.—Ley 1/1998, de 20 de abril de 1998. Derechos y atención al menor.

Cataluña.—Ley 5/1998, de 17 de abril de 1998. Puertos de Cataluña.

— Ley 6/1998, de 13 de mayo de 1998. Regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas.

Extremadura.—Ley 2/1998, de 26 de marzo de 1998. Sociedades Cooperativas de Extremadura.

País Vasco.—Ley 10/1998, de 8 de abril de 1998. Desarrollo rural.

II. Información de actividades

1. *Universidad de Salamanca.*—Ha tenido lugar un encuentro interdisciplinar sobre «Historia de la propiedad en España», durante el mes de junio, con las siguientes intervenciones:

— «La propiedad eclesiástica». Prof. Dr. don MAXIMILIANO BARRIO GONZALO, Universidad de Valladolid.

— «La propiedad laica señorial». Prof. Dr. don ANGEL GARCÍA SANZ, Universidad de Valladolid.

— «La propiedad de las corporaciones urbanas». Prof. Dr. don JOSÉ IGNACIO FORTEA, Universidad de Cantabria.

— «Estructuras de la propiedad: variantes peninsulares». Prof. Dr. don ALBERTO MARCOS MARTÍN, Universidad de Valladolid.

— «El censo consignativo castellano (siglos XVI-XVIII)». Prof.^a Dra. doña ALICIA FIESTAS LOZA, Universidad Autónoma de Madrid.

— «Representación doctrinal de la propiedad». Prof. Dr. don SALUSTIANO DE DIOS DE DIOS, Universidad de Salamanca.

— «Señorío y propiedad en la crisis del Antiguo Régimen». Prof. Dr. don PEDRO RUIZ TORRES, Universidad de Valencia.

— «Propiedad y propiedades, 1789: el derecho dominical en el laboratorio reolucionario». Prof. Dr. don BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR, Universidad de Sevilla.

— «Las dos caras de Jano. La formación del derecho de propiedad en el primer constitucionalismo». Prof.^a Dra. doña CLARA ALVAREZ ALONSO, Universidad Autónoma de Madrid.

— «Explotación de la tierra y contratos agrarios». Prof. Dr. don RAMÓN GARRABOU, Universidad Autónoma de Barcelona.

— «El aparato administrativo de la desamortización en la España del siglo XIX: una primera aproximación». Prof. Dr. don JAVIER INFANTE MIGUEL-MOTTA, Universidad de Salamanca. Prof.^a Dr.^a doña EUGENIA TORIJANO PÉREZ, Universidad de Salamanca.

— «La propiedad de la tierra en la Segunda República». Prof. Dr. don RICARDO ROBLEDO HERNÁNDEZ, Universidad de Salamanca. Prof. don LUIS ENRIQUE ESPINOZA GUERRA, Universidad de Salamanca.

— «Fundamentos ideológicos de la propiedad». Prof. Dr. don MARIANO PESET REIG, Universidad de Valencia.

— «La propiedad en el Código Civil». Prof. Dr. don MARIANO ALONSO PÉREZ, Universidad de Salamanca.

— «Propiedad y Constitución». Prof. Dr. don PABLO SALVADOR CODERCH, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

— «La protección registral de la propiedad en la historia: especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo y a las resoluciones de la Dirección General de los Registros en el siglo XIX». Prof.^a Dr.^a doña MARGARITA SERNA VALLEJO, Universidad de Cantabria.

— «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». Don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad de Tarragona.

— «Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español». Don GERMÁN GALLEGU DEL CAMPO, Registrador de la Propiedad de La Coruña.

La clausura, en nombre del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España estuvo a cargo de don JUAN CARLOS SEGOVIANO ASTABURUAGA, Decano Territorial de Valladolid, y don JOSÉ M.^a MARTÍNEZ SANTIAGO, Director del Centro de Estudios Registrales de Valladolid.

2. *Seminario sobre arrendamientos urbanos*—Organizado por el Colegio de Abogados de Valencia y la Academia Valenciana de Jurisprudencia y

Legislación, se ha celebrado en el salón de actos de la Bolsa de Valencia en los días 9, 10, 16 y 17 de junio.

Se trataron procedimientos en materia de arrendamientos, desahucio por falta de pago, duración del contrato, obligaciones de las partes y extinción del arrendamiento.

Entre los especialistas concurrieron Magistrados, Secretarios judiciales y abogados.

3. *Colegio de Registradores*.—Ha tenido lugar en el mes de junio una mesa redonda bajo el tema «*Nuevas perspectivas del arbitraje para las sociedades de capital*».

Intervinieron los siguientes señores:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE, Magistrado.

ELÍAS CAMPO VILLEGAS, Notario.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil.

JUAN ANTONIO CREMADES, Abogado.

Igualmente, en el mes de junio se ha desarrollado en el mismo Colegio de Registradores un ciclo de conferencias bajo el tema general de «*Seguridad jurídica y codificación*», con el siguiente programa:

— *Apertura*: Excmo. Sr. don FEDERICO TRILLO-FIGUEROA y MARTÍNEZ-CONDE, Presidente del Congreso de los Diputados.

— «La Comisión General de Codificación y la elaboración de las leyes», por el Excmo. señor don AURELIO MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho Mercantil. Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

— «La codificación como función de los poderes públicos en el estado contemporáneo. El caso español», por el Excmo. Sr. don LUIS CAZORLA PRIETO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario Letrado de las Cortes Generales. Abogado del Estado.

— «Panorámica de la segunda codificación», por el Excmo. Sr. don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

— «Modelo francés de nueva codificación», por M. GUY BRAIBANT, Presidente Honorario del Consejo de Estado. Vicepresidente de la Comisión Superior de Codificación de Francia.

— «La codificación del Derecho Comunitario Europeo», por don ANTONIO M.^a CAEIRO, Miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea. Grupo de Codificación.

— «La recodificación», por el Excmo. Sr. don LUIS DíEZ-PICAZO, Catedrático de Derecho Civil. Presidente de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

— «Perspectiva de nuevas codificaciones españolas».

Mesa redonda:

Prof. don PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Catedrático de Derecho Civil.

Prof. don CÁNDIDO PAZ-ARES, Catedrático de Derecho Mercantil. Decano de la Facultad de Derecho (Universidad Autónoma de Madrid).

Prof. don ANGEL MENÉNDEZ REIXACH, Catedrático de Derecho Administrativo.

Prof. don ANTONIO OBREGÓN GARCÍA, Profesor de Derecho Penal.

4. *Congreso de Derecho Urbanístico*.—Se ha celebrado en Santander, también en el mes de junio, con el siguiente programa:

— *Conferencia*: «Panorama del Derecho urbanístico español: balances y perspectivas», por don MARTÍN BASSOLS COMA, Letrado de las Cortes.

Grupos de trabajo: «Planeamiento y régimen del suelo. Gestión urbanística. Régimen de edificación y uso del suelo».

— *Conferencia*: «La nueva Ley estatal del régimen del suelo y valoraciones», por don TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

— *Mesa redonda*: «La concertación interadministrativa en materia de urbanismo».

— *Conferencia*: «El Estatuto jurídico del suelo: facultades y deberes del propietario. Derecho español y comparado», por don ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

Grupos de trabajo: «Planeamiento y régimen del suelo. Gestión urbanística. Régimen de edificación y uso del suelo».

— *Conferencia*: «La legislación urbanística de las CC.AA.: situación actual y perspectivas», por don LUCIANO PAREJO, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

— *Mesa redonda*: «Los profesionales y la práctica del urbanismo».

— *Conferencia*: «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el ámbito urbanístico», por don LUIS MARTÍN REBOLLO, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Cantabria y Decano de la Facultad de Derecho.

Grupos de trabajo: «Planeamiento y régimen del suelo. Gestión urbanística. Disciplina urbanística».

— *Conferencia*: «El contencioso del urbanismo: balance y posibles perspectivas», por don JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA, Consejero del Estado y ex magistrado del TC y del TS.

5. *Consejo General del Notariado*.—En Madrid, durante el mes de junio, ha tenido lugar el II Curso Superior de Derecho Notarial, con asistencia de varios notarios americanos.

Las materias desarrolladas han sido las siguientes:

Derecho Civil:

— «Eficacia del título inscrito», por don JOSÉ ANGEL MARTÍNEZ SANCHIZ, Notario de Madrid.

— «La función del notario en la protección de consumidores y usuarios. Especial referencia a la compra de viviendas y a los préstamos hipotecarios», por don JUAN BOLÁS ALFONSO, Notario de Madrid.

— «La forma en Derecho Internacional Privado. Equivalencia de forma y efectos. La libre circulación del documento notarial», por don ROBERTO BLANQUER UBEROS, Notario de Madrid.

— «Colación y partición de bienes en la herencia», por don AUGUSTO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Notario.

— «La autonomía de la voluntad y la función creadora del derecho por el notario en los diversos campos jurídicos: contractual, real y sucesorio», por don ALFONSO MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Notario de Madrid.

— «Referencia a diversas formas de garantía personales o reales, especialmente a las de mayor trascendencia notarial», por don JUAN JOSÉ BLANCO GÓMEZ, Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pontificia Comillas.

— «El Derecho y las instituciones en el período virreinal», por doña VALENTINA GÓMEZ MANPASO, Profesora Propia Ordinaria de Historia del Derecho de la Universidad Pontificia Comillas.

— «La causa de los negocios jurídicos: negocios simulados, indirectos, fiduciarios y fraudulentos. El notario ante estos negocios», por don JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Notario de Gijón.

Derecho Mercantil:

— «El Derecho societario y la intervención del notario en el mismo» (I), por don JOSÉ MANUEL GARCÍA COLLANTES, Notario de Madrid.

Derecho Notarial:

— «La función del notario en la Unión Europea», por don AUGUSTO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Notario.

— «Actas de notoriedad», por don AUGUSTO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Notario.

— «Aspectos notariales de una escritura pública de compraventa», por don ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Notario de Madrid.

— «Los Notariados americanos ante la influencia de los sistemas jurídicos de Norteamérica», por don FRANCISCO XAVIER ARREDONDO GALVÁN, Notario de México D.F.

— «Nuevos campos que abre la informática a la función notarial», por don VICENTE DE PRADA GUAITA, Notario de Madrid.

— «Inescindibilidad de los elementos públicos y privados de la función notarial: especial referencia a los documentos otorgados con arreglo a minuta», por don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Notario.

— «Deontología notarial», por don JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Notario de Gijón.

6. *II Seminario de Derecho Inmobiliario y Urbanístico.*—En el salón de actos de la Delegación Territorial de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña, ha tenido lugar la sesión de clausura de este Seminario, organizado por la Facultad de Derecho de ESADE-Universidad Ramón Llull y el Centro de Estudios Registrales de Cataluña.

7. *Conferencia sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en Sevilla.*—El día 19 de mayo de 1998, a las 18,30 horas, en el Centro de Estudios Registrales de la Delegación Territorial de Sevilla (Andalucía occidental), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, se celebró una conferencia sobre «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación». Dicha conferencia la dio don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado; a continuación se celebró un coloquio.

8. *Sesión informativa sobre cuestiones registrales.*—En Sabadell, organizada por la Cámara de Comercio e Industria, el Colegio de Abogados y el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, tuvo lugar esta sesión en la que intervinieron don BENITO ARRUÑADA, Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, que disertó sobre «Gobierno de la pequeña y mediana empresa», y don FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad, que habló sobre «Introducción y vigencia del euro en los préstamos hipotecarios».

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 19 de mayo de 1998.—NULIDAD DE ACTUACIONES —No se admite el recurso de amparo por no haberse agotado los recursos en la vía judicial.—Sala 1.ª—Ponente Sr. Rodríguez Bereijo

Antecedentes.—La demanda de amparo se basa en los siguientes hechos:

a) Doña Társida Angela Martínez González, que prestaba sus servicios como portera en favor de la comunidad de propietarios de la calle Topete, número 6, de Madrid, interpuso demanda por reclamación de cantidad contra dicha comunidad de propietarios. La Sentencia de la (entonces) Magistratura de Trabajo, número 5, de Madrid, de 25 de noviembre de 1987 estimó la demanda y condenó a la comunidad de propietarios demandada a abonar a la trabajadora la cantidad de 515.217 pesetas

b) Una vez que alcanzó firmeza, la trabajadora instó la ejecución de la sentencia, ejecución que acordó el Auto de la Magistratura de Trabajo de 14 de diciembre de 1987, decretando embargo de bienes de la comunidad de propietarios suficientes para cubrir la cantidad de 515.217 pesetas, en concepto de principal, más 100.000 pesetas, fijadas provisionalmente para costas. El Auto del ya Juzgado de lo Social, de 17 de marzo de 1989, requirió al entonces presidente de la comunidad de propietarios y al demandante de amparo, entonces tesorero y administrador de dicha comunidad, para que se abstuvieran de realizar pago alguno por parte de la comunidad de propietarios sin previo conocimiento del Juzgado. El Auto ordenaba, asimismo que, en caso de que la tesorería de la comunidad no dispusiera de suficiente saldo para afrontar la cantidad reclamada, se girara recibo suplementario a los comuneros. El demandante de amparo, en su calidad de tesorero y administrador de la comunidad, puso el 4 de abril de 1989 a disposición del Juzgado el saldo de la comunidad (4.504 ptas.) y giró los recibos suplementarios, comunicando posteriormente al Juzgado que los vecinos se habían negado a pagar estos recibos.

c) Por providencia de 28 de septiembre de 1992, el Juzgado de lo Social, número 5, de Madrid, requirió al presidente de la comunidad de propietarios para que aportara al Juzgado los nombres y dirección del administrador y tesorero de aquella comunidad, si existieran, así como el importe mensual aportado a la comunidad por cada uno de los copropietarios, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 238.3 LPL. La providencia advertía que

contra la misma cabía interponer recurso de reposición, recurso que no se interpuso. Al haberse hecho «caso omiso» del requerimiento efectuado por la providencia de 28 de septiembre de 1992, el Juzgado de lo Social, por providencia de 1 de febrero de 1993, concedió un nuevo plazo de tres días para que el presidente de la comunidad diera cumplimiento a lo ordenado, imponiendo, conforme a las previsiones del artículo 238.3 LPL, una multa de 10.000 pesetas por cada día que transcurra del plazo de tres días sin cumplir lo requerido. Esta providencia fue notificada al demandante de amparo el 15 de febrero de 1993, afirmando ante el agente judicial que él era el presidente de la comunidad. La providencia advertía que contra la misma cabía interponer recurso de reposición, recurso que no se interpuso. A la vista del tiempo transcurrido desde el requerimiento efectuado por la providencia de 1 de febrero de 1993, el Juzgado de lo Social, por providencia de 13 de mayo de 1993, ordenó practicar respecto del presidente de la comunidad de propietarios las diligencias previstas en el artículo 247 LPL. La providencia advertía que contra la misma cabía interponer recurso de reposición, pero el recurso no se interpuso. La cédula de notificación de esta providencia le fue entregada el 7 de junio de 1993 al demandante de amparo por agente judicial. El siguiente día 8, el secretario del Juzgado, acompañado de agente judicial, se constituyó en el domicilio del solicitante de amparo, a la vista de que las notificaciones hechas al presidente de la comunidad de propietarios se habían recibido por aquél, al objeto de proceder al requerimiento a que se refiere la providencia de 28 de septiembre de 1992; el secretario manifestó a la esposa del demandante de amparo el objeto de su presencia, haciéndole ver que la multa a que se refiere la providencia de 1 de febrero de 1993 era firme, ya que no había sido recurrida, respondiendo airadamente aquélla que su marido no era el presidente de la comunidad.

d) El 10 de junio de 1993 el demandante de amparo presentó escrito en el Juzgado en el que manifestaba que no era el presidente de la comunidad, que ésta no contaba con presidente alguno, por encontrarse en una situación de absoluto abandono, y que no se celebraban juntas ni se recaudaban fondos. Por providencia de 6 de julio de 1993, el Juzgado declaró no haber lugar a rectificación alguna, en tanto que el demandante de amparo no acreditara que no era el presidente de la comunidad, en cuya calidad recibió la notificación de la providencia de 13 de mayo de 1993; para acreditar lo anterior debía presentarse en el Juzgado el libro de actas de reuniones de la comunidad.

Por providencia de 16 de febrero de 1994, el Juzgado, al objeto de determinar los bienes que pudieran atribuírsele al demandante de amparo, remitió despacho al Registrador de la Propiedad, interesándole información sobre los bienes que pudieran resultar inscritos a nombre de aquél. Mediante escrito presentado en el Juzgado el 1 de marzo de 1994, el demandante de amparo reitera que no ha sido nunca presidente de la comunidad, afirmando que si ha contestado a los escritos del Juzgado ha sido única y exclusivamente por deferencia al órgano judicial, ya que la comunidad carece de presidente y secretario y no se celebran juntas de vecinos. El escrito añade que el ahora solicitante de amparo no había sido nunca parte en el litigio, por lo que no puede ser embargado; de otra forma —se concluía— se vulneraría el artículo 24 CE.

e) Por providencia de 1 de marzo de 1994, el Juzgado, a la vista de que las alegaciones efectuadas en el anterior escrito no desvirtuaban lo acordado en las providencias de 28 de septiembre de 1992 y 1 de febrero, 13 de mayo y 6 de

julio de 1993 y 16 de febrero de 1994, resuelve que debe estarse a lo acordado en ellas, continuando la vía de apremio respecto del demandante de amparo, en lo que a la multa impuesta se refiere. Respecto de la ejecución de la sentencia acordada por el Auto de 14 de diciembre de 1987 por importe de 515.217 pesetas, más 100.000 pesetas de costas, a la vista de que resultaba imposible la traba de bienes propios de la comunidad susceptibles de embargo, la providencia de 1 de marzo de 1994 advertía a todos y cada uno de los comuneros que, si en el plazo de quince días no se procedía a la ejecución de la sentencia y al abono de las cantidades reclamadas, se procedería a la anotación de embargo sobre todas las viviendas y locales de la comunidad. El 18 de marzo de 1994, el secretario del Juzgado, acompañado de agente judicial, se constituyó en la calle Topete, número 6, al objeto de practicar la diligencia de notificación de la providencia de 1 de marzo de 1994 a todos y cada uno de los comuneros. Comenzada la diligencia por el último piso, una vecina afirmó que ella «no firma nada ni hace nada» hasta que el demandante de amparo, «que según ella es el presidente de la comunidad, no se lo indique». Intentada la notificación en el domicilio del solicitante de amparo, la esposa de éste dice que ella «no coge ni firma nada» hasta que su marido no venga. Una vez llegado éste, recoge la cédula de notificación y copia de la resolución que se notifica, procediendo entonces el demandante de amparo a hacer comentarios tales como «el Juzgado no sabe cómo ejecutarlos y por eso hace todas estas cosas», «la culpa de todo la tiene éste» (dirigiéndose al secretario del Juzgado), «se creen que de mí van a sacar algo, pues están dados», «ya me encargaré de que nadie firme», etc. Continuándose en estas difíciles circunstancias la diligencia de notificación, un nuevo vecino se niega a identificarse y a recoger documento alguno mientras no se lo ordene el «administrador» de la finca, dirigiéndose entonces a la vivienda del demandante de amparo. Al advertir a aquel nuevo vecino el secretario del Juzgado que podría reclamar el auxilio de la policía judicial, el demandante de amparo proclamó: «¡Has visto, nos amenaza con la policía. !», «contra éste me voy a querellar yo» (dirigiéndose al secretario del Juzgado). Después de este altercado, el demandante de amparo, delante de la comisión judicial, advierte a todos los vecinos aún no notificados que no deben firmar nada y que él tiene que hablar con el abogado, procediendo el solicitante de amparo a cerrar con llave el acceso a tres viviendas. La comisión judicial constata que en los buzones de la comunidad se encuentra un aviso dirigido a los vecinos suscrito por el «administrador». Por providencia de 18 de marzo de 1994, el Juzgado, a la vista de lo sucedido con la notificación de la providencia de 1 de marzo de 1994, remitió testimonio al Juzgado de Guardia, por si los hechos fueran constitutivos de infracción penal.

f) La providencia de 1 de marzo de 1994 fue recurrida en reposición por el demandante de amparo. El recurso alegaba que no cabe ejecutar una sentencia frente a quien no ha sido condenado, por lo que se vulneraría el artículo 24 CE si se embargaban bienes de éste. El Auto del Juzgado de lo Social, número 5, de Madrid, de 7 de abril de 1994, desestima el recurso, rechazando la vulneración alegada del artículo 24.1 CE, toda vez que la vía de apremio respecto del ahora solicitante de amparo no se debía al hecho de haber sido condenado por la sentencia de la Magistratura de Trabajo, número 5, de Madrid, del año 1987, sino por la multa coercitiva ex artículo 238.3 LPL impuesta por la providencia de 1 de febrero de 1993, ya firme. El Auto invoca el artículo 118 CE. El Auto advertía que contra el mismo cabía interponer recurso de suplicación, recurso que no se interpuso.

A la vista de que la providencia de 1 de febrero de 1993 había impuesto una multa coercitiva por importe de 10.000 pesetas diarias al presidente de la comunidad de vecinos, «respondiendo como tal» el ahora demandante de amparo, quien no ha cumplimentado los requerimientos efectuados en aquella resolución, por providencia de 14 de abril de 1994, el Juzgado procede a cuantificar la multa hasta este día, lo que supone un total de 4.190.000 pesetas a razón de 10.000 pesetas diarias desde el 19 de febrero de 1993 hasta el 14 de abril de 1994 (cuatrocientos diecinueve días). La providencia advertía que era recurrible en reposición, pero el recurso no se interpuso.

g) El 24 de mayo de 1994, el demandante de amparo solicitó del Juzgado nulidad de actuaciones desde el Auto del Juzgado de 7 de abril de 1994, alegando, básicamente, que él no era el presidente de la comunidad. Por Auto de 28 de junio de 1994, el Juzgado rechaza la nulidad de actuaciones solicitada y resuelve continuar la ejecución. El Juzgado entiende que aquella nulidad sólo procede cuando se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido o cuando ha habido infracción de los derechos de audiencia, asistencia y defensa, lo que no ha ocurrido en el presente caso, en el que todas las resoluciones han sido notificadas al ahora demandante de amparo, siendo él quien ha recibido las dirigidas al presidente de la comunidad de propietarios. El Juzgado considera que el demandante de amparo es el presidente de la comunidad en virtud de la teoría de los propios actos, toda vez que —reitera— todas las resoluciones dictadas por el Juzgado le han sido notificadas y él ha recibido las dirigidas al presidente. Añade el Juzgado que, en todo caso, el demandante de amparo podía acreditar que él no era el presidente con la simple presentación del libro de actas de reuniones de la comunidad, al cual tiene acceso todo propietario. Señala el Auto, en segundo lugar que, aun dando por supuesto que la nulidad de actuaciones se pide desde el Auto de 7 de abril de 1994 (el recurrente mencionaba un Auto de 7 de mayo de 1994 y no hay tal), aquel Auto no fue recurrido en suplicación, recurso en el que se podía haber solicitado la nulidad de actuaciones, sin que esta nulidad pueda instarse al margen de los recursos legalmente existentes, se dice con cita del artículo 240.1 LOPJ. Por todo lo anterior, el Auto de 28 de junio de 1994 concluye, con amparo en el artículo 75.1 LPL, que la nulidad de actuaciones debe rechazarse de oficio al tener un carácter dilatorio y abusivo.

h) Por providencia de 24 de mayo de 1994, a la vista de que el demandante de amparo no había atendido el requerimiento para que abonara la multa cuantificada en 4.190 000 pesetas, ni tampoco los copropietarios habían atendido el requerimiento hecho por la providencia de 1 de marzo de 1994, el Juzgado declara embargados todos y cada uno de los pisos y locales correspondientes a la comunidad. En el caso del demandante de amparo se embarga su vivienda para responder de la cantidad de 20.303 pesetas del principal y costas provisionales de la ejecución de la sentencia de la Magistratura de Trabajo, número 5, de Madrid, de 25 de noviembre de 1987 y para responder, además, de la cantidad de 4.190 000 pesetas en concepto de la multa impuesta por la providencia de 1 de febrero de 1993, la cual es firme desde el 19 de febrero de 1993.

El demandante de amparo, actuando en su propio nombre y derecho y en beneficio de la comunidad, interpuso recurso de reposición el 27 de junio de 1994 contra la providencia del Juzgado de 24 de mayo de 1994, considerando infringidos los artículos 9.3 y 24 CE. El Auto del Juzgado, de 3 de enero de

1995, desestimó el recurso. En relación con el recurrente de amparo, el Auto advierte que su llamada a la ejecución tiene dos vertientes. En primer lugar, como copropietario, obligado al pago de la ejecución conforme al índice de proporcionalidad de cada vivienda. Y, en segundo término, por la multa diaria de 10.000 pesetas, impuesta por la providencia de 1 de febrero de 1993 por ser el recurrente el presidente de la comunidad y haber hecho caso omiso a los requerimientos, multa que la providencia de 24 de mayo de 1994 ha cuantificado en 4.190.000 pesetas.

El demandante de amparo interpuso recurso de suplicación contra el Auto del Juzgado de 3 de enero de 1995, siendo inadmitido el recurso por el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de junio de 1995, por no ser recurrible en suplicación el Auto del Juzgado citado.

La demanda de amparo se interpone contra el Auto del Juzgado de lo Social, número 5, de Madrid, de 28 de junio de 1994.

Alega la demanda la vulneración del artículo 24 CE, toda vez —se afirma— que se ha condenado a una persona que no es ni la llamada a juicio ni la condenada por la sentencia de la Magistratura de Trabajo, número 5, de Madrid, de 25 de noviembre de 1987. La multa le ha sido impuesta al presidente de la comunidad, sin decir quién es, embargándose la vivienda del demandante de amparo para responder de aquella multa. Todo ello supone una indefensión absoluta, pues el demandante de amparo no fue el demandado y multado, sino que lo fueron, respectivamente, la comunidad de propietarios y su presidente.

La demanda solicita la nulidad de la resolución vulneradora de los derechos de defensa, el reconocimiento del derecho del demandante de amparo a defenderse en juicio y el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas para ello.

La demanda solicita, asimismo, la suspensión de la resolución recurrida en amparo.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido no admitir el recurso de amparo, razonándolo en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. La demanda de amparo se interpone contra el Auto del Juzgado de lo Social, número 5, de Madrid, de 28 de junio de 1994, por el que se rechaza la nulidad de actuaciones solicitada por el demandante de amparo desde el anterior Auto del Juzgado, de 7 de abril de 1994. Este Auto había desestimado el recurso de reposición interpuesto por el demandante de amparo contra la providencia del Juzgado de 1 de marzo de 1994, que, a su vez, confirmaba anteriores providencias del Juzgado y resolvía que debía proseguirse la vía de apremio respecto del demandante de amparo, a quien el órgano judicial le había impuesto una multa coercitiva con base en el artículo 238.3 (actualmente art. 239.3) LPL y que se cuantificó posteriormente en 4.190.000 pesetas.

La multa coercitiva impuesta al recurrente tiene su origen último en un procedimiento de reclamación de cantidad interpuesto por la portera de la comunidad de propietarios en la que tiene su vivienda el demandante de amparo. La sentencia de la (entonces) Magistratura de Trabajo, número 5, de Madrid, de 25 de noviembre de 1987 condenó, en efecto, a la comunidad de propietarios a abonar a la trabajadora la cantidad de 515 217 pesetas. Instada la ejecución de esta sentencia, la Magistratura la acordó mediante Auto de 14

de diciembre de 1987. Tras diversos avatares y requerimientos infructuosos para obtener la ejecución, por providencia de 28 de septiembre de 1992, el Juzgado de lo Social, número 5, de Madrid, requirió del presidente de la comunidad de propietarios que comunicará al Juzgado los nombres y dirección del administrador y tesorero de aquella comunidad, «si existieran», así como el importe mensual aportado a la comunidad por cada uno de los copropietarios, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el actual artículo 239.3 LPL. La providencia advertía que contra la misma cabía interponer recurso de reposición, recurso que no se interpuso. Al haberse hecho «caso omiso» del requerimiento efectuado por la anterior providencia, el Juzgado de lo Social, por providencia de 1 de febrero de 1993, concedió un nuevo plazo de tres días para que el presidente de la comunidad diera cumplimiento a lo ordenado, imponiendo, conforme a las previsiones del artículo 239.3 LPL, una multa de 10.000 pesetas por cada día que transcurriera del plazo de tres días sin cumplir lo requerido. Esta providencia fue notificada al demandante de amparo, advirtiéndole que contra la misma cabía interponer recurso de reposición, recurso que no se interpuso.

Así se llega a la providencia del Juzgado de 1 de marzo de 1994, que, como ha quedado dicho, confirmaba anteriores providencias del Juzgado y resolvía que debía proseguirse la vía de apremio respecto del demandante de amparo, en lo que a la multa coercitiva impuesta se refiere. La providencia de 1 de marzo de 1994 fue recurrida en reposición por el demandante de amparo. El Auto del Juzgado de 7 de abril de 1994 desestimó el recurso, advirtiendo aquel Auto que contra el mismo cabía interponer recurso de suplicación, recurso que no se interpuso. La providencia del Juzgado de 14 de abril de 1994 procedió a cuantificar la multa coercitiva en 4.190.000 pesetas, a razón de 10.000 pesetas diarias desde el 19 de febrero de 1993, fecha en que alcanzó firmeza la providencia de 1 de febrero de 1993, hasta el 14 de abril de 1994 (cuatrocientos diecinueve días). La providencia de 14 de abril de 1994 advertía que era recurrible en reposición, pero el recurso no se interpuso. Finalmente, por providencia de 24 de mayo de 1994, el Juzgado decretó el embargo de la vivienda del demandante de amparo, no sólo para responder, al igual que el resto de los propietarios, de la parte alícuota de la Sentencia de la Magistratura de Trabajo, número 5, de Madrid, de 25 de noviembre de 1987, sino para responder, además, de la multa coercitiva que le impuso en base al artículo 239.3 LPL.

El propio 24 de mayo de 1994, el demandante de amparo solicitó del Juzgado nulidad de actuaciones desde el Auto del Juzgado de 7 de abril de 1994. Por Auto de 28 de junio de 1994, el Juzgado rechaza la nulidad de actuaciones solicitada y resuelve continuar la ejecución. El Auto entiende que aquella nulidad sólo procede cuando se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido o cuando ha habido infracción de los derechos de audiencia, asistencia y defensa, lo que para el órgano judicial no ha ocurrido en el presente caso. Señala el Auto, en segundo lugar, que, aun dando por supuesto que la nulidad de actuaciones se pide desde el Auto de 7 de abril de 1994 (el recurrente mencionaba un Auto de 7 de mayo de 1994 y no hay tal), aquel Auto no fue recurrido en suplicación, recurso en el que se podía haber solicitado la nulidad de actuaciones sin que esta nulidad pueda instarse al margen de los recursos legalmente existentes, se dice con cita del artículo 240.1 LOPJ.

La providencia de 24 de mayo de 1994 fue recurrida en reposición por el solicitante de amparo por considerar infringidos los artículos 9.3 y 24 CE. El

Auto del Juzgado de 3 de enero de 1995 desestimó el recurso. El demandante de amparo interpuso recurso de suplicación contra el Auto del Juzgado de 3 de enero de 1995, recurso que se anunció y formalizó con posterioridad no ya a la petición de designación de abogado y procurador del turno de oficio para recurrir en amparo, sino a la propia interposición de la demanda de amparo.

2. La demanda de amparo se interpone contra el Auto del Juzgado de lo Social, número 5, de Madrid, de 28 de junio de 1994.

Alega la demanda la vulneración del artículo 24 CE, toda vez —se afirma— que se ha condenado a una persona que no es ni la llamada a juicio ni la condenada por la sentencia de la Magistratura de Trabajo, número 5, de Madrid, de 25 de noviembre de 1987. La multa le ha sido impuesta al presidente de la comunidad, sin decir quién es —afirma la demanda—, embargándose la vivienda del demandante de amparo para responder de aquella multa. Según sostiene la demanda, todo lo anterior produce una indefensión absoluta, pues el demandante de amparo no fue el demandado y multado, sino que lo fueron, respectivamente, la comunidad de propietarios y su presidente. La demanda solicita la nulidad de la resolución vulneradora de los derechos de defensa, el reconocimiento del derecho del demandante de amparo a defenderse en juicio y el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas para ello. En el posterior escrito de alegaciones, el demandante de amparo reitera la queja de que el órgano judicial pretendía ejecutar una sentencia contra quien no fue parte en el juicio, afirmando, asimismo, que la multa coercitiva ex artículo 239.3 LPL se impuso a persona innominada y luego se pretendió hacerla efectiva en la persona del demandante de amparo, quien —se alega—, al no ir dirigida la multa contra él, no pudo recurrirla ni defenderse.

Pero, con carácter previo, ha de examinarse si la demanda cumple con los requisitos de orden procesal. Para el Ministerio Fiscal, la demanda de amparo incurre en una doble falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC]. En primer lugar, porque el Auto recurrido en amparo, de 28 de junio de 1994, rechaza la nulidad de actuaciones solicitada por el recurrente en relación con el anterior Auto del Juzgado, de 7 de abril de 1994. Y este último Auto advertía que contra el mismo cabía interponer recurso de suplicación. Pero el demandante de amparo no interpuso el recurso de suplicación, sino que optó por solicitar la nulidad de actuaciones cuando, en su caso, como advierte el Auto de 28 de junio de 1994, dicha nulidad debía haberse canalizado por la propia vía del recurso de suplicación y no de forma autónoma por un entonces improcedente e inexistente recurso de nulidad de actuaciones. El Auto de 28 de junio de 1994, se apoya, en este sentido, en el artículo 240.1 LOPJ que, como señala el Ministerio Fiscal, fue declarado compatible con la Constitución por la STC 185/1990.

Se comprueba así que, en efecto, el demandante de amparo no interpuso el recurso de suplicación que le indicaba expresamente el Auto de 7 de abril de 1994, por lo que la demanda incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a), en conexión con el artículo 44.1.a) LOTC. En vez de interponer el recurso de suplicación que se le indicaba, el demandante de amparo optó por solicitar del Juzgado una improcedente nulidad de actuaciones, lo que podría tener consecuencias incluso desde la perspectiva del artículo 44.2 LOTC, en tanto que podría suponer un alargamiento artificial del plazo para interponer el recurso de amparo. Conviene recordar, en este sentido, que la propia resolución recurrida en amparo, en virtud de lo dispuesto en el ar-

título 75.1 LPL, rechazó de oficio la nulidad de actuaciones por apreciar que la petición tenía carácter dilatorio y abusivo. Ocurre, sin embargo, que desde la perspectiva del recurso de amparo, y de conformidad con lo que señala el Ministerio Fiscal, el reproche principal que cabe formular el demandante de amparo es que dejara de interponer un recurso —el de suplicación— que el órgano judicial le decía que podía interponer.

El examen de las actuaciones permite comprobar, por lo demás, que el Auto de 7 de abril de 1994, no es precisamente la única resolución del Juzgado de lo Social que el demandante de amparo no recurrió, a pesar de que se le indicaba que contra dicho Auto cabía interponer recurso de suplicación. Varias resoluciones anteriores del Juzgado de lo Social, notificadas y recibidas por el demandante de amparo, no fueron recurridas por éste, a pesar de que se le instruyó expresamente que dichas resoluciones eran recurribles en reposición. Este es el caso, por ejemplo, de las providencias del Juzgado de 28 de septiembre de 1992, 1 de febrero y 13 de mayo de 1993, y 14 de abril de 1994, con la particularidad de que la providencia de 1 de febrero de 1993 es la resolución que impuso al recurrente la multa coercitiva prevista en el artículo 239.3 LPL. La inacción y pasividad del recurrente permitieron, por tanto, que la providencia de 1 de febrero de 1993 alcanzara firmeza. La conducta procesal del recurrente se ha caracterizado, así, por no interponer los recursos que se le indicaban expresamente en todas las resoluciones, optando en ocasiones por interponer contra las mismas improcedentes recursos de nulidad de actuaciones.

El Ministerio Fiscal señala una segunda falta de agotamiento, relacionada, esta vez, con el Auto del Juzgado de 3 de enero de 1995, que instruía que el mismo era recurrible en suplicación, recurso que sí interpuso en esta ocasión el demandante de amparo.

El examen de las actuaciones permite comprobar que la providencia del Juzgado de 24 de mayo de 1994, que decretó el embargo de la vivienda del demandante de amparo, fue recurrida en reposición por éste el 27 de junio de 1994, siendo desestimado el recurso por el Auto del Juzgado de 3 de enero de 1995. La solicitud de designación de Procurador y Abogado del turno de oficio para recurrir en amparo fue registrada en el Tribunal el 18 de octubre de 1994, formalizándose la demanda, tras ser rechazada aquella designación, el 19 de enero de 1995. La demanda de amparo silenciaba que la providencia de 24 de mayo de 1994 había sido recurrida en reposición por el demandante de amparo. Tampoco mencionaba que se había dictado el Auto de 3 de enero de 1995, notificado el siguiente día 16. Este Auto confirma la resolución que impone al demandante de amparo la multa coercitiva prevista en el artículo 239.3 LPL, así como el embargo sobre la vivienda de aquél con vistas a responder de esta multa. De lo anterior se deduce que la vía del recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 24 de mayo de 1994 era potencialmente hábil para obtener lo que el demandante solicita ahora en su demanda de amparo, pues en ésta se queja, asimismo, de la multa coercitiva impuesta y del embargo de su vivienda para responder de la misma.

Así pues, en el momento de solicitar la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio, el demandante de amparo tenía abierta una vía en la que podía potencialmente obtener lo mismo que ahora reclama de este Tribunal, por lo que, de conformidad con nuestra reiterada doctrina, la demanda no ha agotado los recursos utilizables en la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC] (por todas, SSTC 43/1987, 195/1991, 158/1995 y 63/1996

y AATC 65, 70 y 217/1985, 807/1986 y 58 y 60/1993). Y ocurría lo mismo después de formalizar la demanda de amparo, toda vez que ésta se registró en el Tribunal el 19 de enero de 1995, y el posterior día 24 el recurrente en amparo anunció recurso de suplicación contra el Auto de 3 de enero de 1995, recurso que formalizó posteriormente y que concluyó con el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de junio de 1995.

En consecuencia, concurre asimismo, la segunda falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC] advertida por el Ministerio Fiscal.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

*Resolución de 24 de abril de 1998
(BOE 27-5-98)*

EXPEDIENTE DE DOMINIO INMATRICULADOR DE FINCA EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Debe constar la firmeza del auto que lo aprueba. El expediente es título hábil para inmatricular una finca constituida en régimen de propiedad horizontal, aunque no haya sido instado por todos los cotitulares. Si el expediente está aprobado por el juez, la calificación no puede alcanzar a los trámites del procedimiento, según ordena el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

*Resolución de 27 de marzo de 1998
(BOE 1-5-98).*

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA

No se puede practicar cuando la finca aparece inscrita en favor de persona distinta del demandado.

No se juzga sobre la aplicabilidad de una norma especial de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

*Resolución de 3 de abril de 1998
(BOE 5-5-98).*

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Prelación del crédito salarial del artículo 32 en relación con otros asientos posteriores de hipoteca o embargo sobre la finca.

Resolución de 30 de marzo de 1998
(BOE 1-5-98)

HIPOTECA UNILATERAL

No es inscribible cuando el deudor se limita a fijar el importe cuantitativo total de las diversas deudas que tiene frente a varias entidades bancarias, porque no se cumplen los requisitos del principio de especialidad.

Resolución de 4 de mayo de 1998
(BOE 29-5-98).

INMATRICULACION POR EL ARTICULO 205 DE LA LEY HIPOTECARIA

Si el Registrador tiene duda fundada sobre si la finca a inmatricular es parte de otra ya inscrita, debe procederse con arreglo a lo que dispone el artículo 300 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 306 del mismo.

Resolución de 5 de mayo de 1998
(BOE 29-5-98).

PLAZO PARA RECURSO GUBERNATIVO

Puede presentarse nuevamente un título antes denegado, a efectos de contar el plazo del artículo 113 del Reglamento Hipotecario a partir de la nueva nota de calificación.

Resolución de 6 de mayo de 1998
(BOE 27-5-98).

OPCION DE COMPRA

Inscrito este derecho real, la transmisión que se produzca en ejercicio del mismo prevalece sobre los actos dispositivos posteriores realizados por el concedente, procediendo la cancelación de los asientos correspondientes.

Resolución de 7 de mayo de 1998. Registro de la Propiedad de Ibiza, número 2
(BOE 1-6-98).

ANOTACION PREVENTIVA DE SENTENCIA

Puede practicarse, pues, en el número 3 del artículo 42 LH. Deben comprenderse los supuestos en que se solicite la ejecución de una sentencia, siempre que dicha ejecución haya de producir efectos registrales.

Resolución de 11 de mayo de 1998. Registro de la Propiedad de Laredo (BOE 9-6-98).

AUTOCONTRATACION

No es inscribible una escritura de partición hereditaria otorgada por un coheredero en nombre de otro en virtud de poder insuficiente, pues éste no contempla, autorizándolo expresamente, el supuesto de contraposición de intereses.

Resolución de 12 de mayo de 1998. Registro de la Propiedad de Burgos, número 3 (BOE 9-6-98).

RECTIFICACION DE ASIENTOS DEL REGISTRO

Se precisan documentos o certificaciones auténticas del expediente seguido en la expropiación forzosa para rectificar el asiento correspondiente de una finca en el sentido de hacer constar en él la posible reversión

Resolución de 16 de mayo de 1998. Registros de la Propiedad de Barcelona, números 8 y 11 (BOE 8-6-98)

HIPOTECA UNILATERAL

Si está sometida a condición suspensiva debe acreditarse el cumplimiento de ésta. Siendo nueve los acreedores si ha sido aceptada sólo por siete de ellos, se puede cancelar respecto a los otros dos no aceptantes.

Resolución de 18 de mayo de 1998. Registro de la Propiedad de Toro (BOE 8-6-98)

EXPEDIENTE DE DOMINIO

El Registrador no puede examinar las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición del derecho por el que inste el expediente.

Resoluciones de 19 y 20 de mayo de 1998. Registros de la Propiedad de Sevilla, números 9 y 11 (BOE 11-6-98).

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO

Puede tomarse sobre los bienes del consejero-delegado de una sociedad, como responsable subsidiario de un tributo, cuando media providencia expre-

sa de la Agencia Tributaria por no existir activos inmobiliarios en dicha sociedad para cubrir la deuda.

*Resolución de 21 de mayo de 1998.
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1
(BOE 18-6-98).*

BIENES GANANCIALES. PRESUNCION ARTICULO 1.361 DEL CODIGO CIVIL

La manifestación del adquirente de que emplea dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad.

*Resolución de 28 de mayo de 1998.
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera
(BOE 18-6-98).*

HIPOTECA. SUBROGACION REAL EN REPARCELACION URBANISTICA

La hipoteca existente sobre la finca de origen se traslada a las fincas resultantes y la ejecución puede realizarse entendiendo referida a estas últimas la adjudicación correspondiente.

*Resolución de 29 de mayo de 1998. Registro de la Propiedad de Baracaldo
(BOE 18-6-98).*

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. DURACION DE LA PRORROGA ORDENADA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL

Por analogía con el artículo 157 LH debe entenderse que la anotación prorrogada conserva su vigencia hasta seis meses después del auto aprobatorio del remate que pone fin al procedimiento ejecutivo.

*Resolución de 1 de junio de 1998. Registro de la Propiedad de Santa Fe
(BOE 30-6-98).*

EXCESO DE CABIDA

El artículo 298.5.º del Reglamento Hipotecario requiere en todo caso que el Registrador no tenga duda fundada sobre la identidad de la finca.

Resolución de 2 de junio de 1998. Registro de la Propiedad de Santa Fe (BOE 30-6-98)

EXCESO DE CABIDA

Para evitar dobles inmatriculaciones, el Registrador debe extremar la prudencia. El artículo 298.5º del Reglamento Hipotecario exige en todo caso que no haya duda sobre la identidad de la finca

Registro Mercantil

Resolución de 16 de abril de 1998 (BOE 5-5-98).

S.A. ADAPTACION DE ESTATUTOS

El acta de los acuerdos de la Junta General debe aprobarse en la forma determinada en el artículo 113 del Reglamento del Registro Mercantil, expresando la forma en que se tomaron dichos acuerdos.

Resolución de 17 de abril de 1998 (BOE 6-5-98).

S R.L. OBJETO SOCIAL

Hay indeterminación cuando se refiere a operaciones sobre «bienes muebles» en general, sin señalar actividades concretas.

Resolución de 20 de abril de 1998 (BOE 7-5-98)

S.R.L. CONSTITUCION

Constancia en la escritura de los datos personales de los otorgantes que no son socios y del concepto de las aportaciones no dinerarias. Reproducción parcial de normas legales en los Estatutos.

Resolución de 29 de abril de 1998 (BOE 14-5-98).

S R.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL

Se precisa escritura pública para inscribir en el Registro Mercantil la declaración de unipersonalidad.

Resolución de 8 de mayo de 1998. Registro Mercantil de Málaga (BOE 9-6-98).

S.A. REDUCCION DE CAPITAL SOCIAL

El acuerdo, para que sea válido, ha de tomarse por el quórum de socios que se señala como necesario para este caso en los estatutos sociales.

Resolución de 9 de mayo de 1998. Registro Mercantil de Madrid XVI (BOE 9-6-98)

S.A. REDUCCION DE CAPITAL SOCIAL. TRANSFORMACION EN SOCIEDAD LIMITADA. LEGITIMACION PARA RECURRIR

Ha de constar en la escritura que los acreedores no han ejercitado su derecho a oponerse a la reducción. Si la Sociedad Anónima se transforma en otra de responsabilidad limitada, deben acompañarse necesariamente los balances que sirven de base a la transformación.

Resolución de 13 de mayo de 1998. Registro Mercantil de Madrid XVII (BOE 9-6-98).

S.A. DISOLUCION DE SOCIEDAD

Cuando se disuelve por aplicación de la Disposición Transitoria 6.ª del Texto Refundido de la Ley, debe procederse a la convocatoria judicial de la junta, al haber caducado los cargos de los administradores (arts. 126 LSA y 145 del Reglamento del Registro Mercantil).

Resolución de 14 de mayo de 1998. Registro Mercantil de Sevilla (BOE 18-6-98).

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: DENOMINACION. AUTOCONTRATACION

No es aceptable la denominación «Instituto Universitario» porque induce a confundirla con centros integrados en la Universidad. No se da la autocontratación cuando las facultades conferidas son tan precisas que no entrañan riesgo para el representado.

Resolución de 23 de mayo de 1998. Registro Mercantil de Asturias (BOE 18-6-98).

S.R.L. CONSTITUCION

Es defectuosa la redacción de los estatutos que no determina con claridad el quórum de la segunda convocatoria de la junta. La conservación de docu-

mentos no puede confiarse al secretario de la junta que no es cargo permanente, corresponde al secretario del Consejo de Administración. Deben expresarse claramente las incompatibilidades de los administradores con el desempeño de cargos públicos. Debe constar de modo expreso la duración del cargo de los administradores.

Resolución de 25 de mayo de 1998. Registro Mercantil de Barcelona, número X (BOE 18-6-98).

S.A. CONSEJERO-DELEGADO. QUORUM PARA SU NOMBRAMIENTO

El artículo 141.2 de la Ley de S.A. exige la mayoría de las dos terceras partes de los componentes del consejo, cifra que debe redondearse por exceso.

Resolución de 26 de mayo de 1998. Registro Mercantil de Madrid, número XVI (BOE 18-6-98).

S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL

La declaración de unipersonalidad debe ser realizada por quien ostente, según el Registro, la facultad de certificar de la sociedad y no por el socio único.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS CUÉLLAR MARÍN
y M.^a EMILIA ADÁN GARCÍA

RECURSO GUBERNATIVO SOBRE LA INSCRIPCION DE LA RESOLUCION 19-7-96. LA PRACTICA DE TODA INSCRIPCION IMPLICA LA PREVIA CALIFICACION DEL TITULO QUE LA MOTIVA Y CASO DE SER ESTA NEGATIVA EN TODO O EN PARTE, HAY LUGAR PARA EL RECURSO GUBERNATIVO. DEBEN ACCEDER AL REGISTRO EN SU INTEGRIDAD LOS DOS PRIMEROS PARRAFOS DEL ARTICULO 2 DE LOS ESTATUTOS, TAL Y COMO ORDENA LA RESOLUCION QUE SE CUMPLE, SIN QUE PUEDA INTERPRETARSE QUE SOLO ES INSCRIBIBLE —PRESCINDIENDO DEL RESTO— LO QUE APARECE ENTRECOTILLADO EN EL HECHO PRIMERO DE LA MISMA. (RESOLUCIÓN DE 20 DE JUNIO DE 1997. BOE DE 19 DE JULIO DE 1997)

RESOLUCION de 20 de junio de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Ramón Vázquez Fidalgo, en nombre y representación de «Iberprodex, Sociedad Limitada», contra la negativa de don José María Rodríguez Barrocal, Registrador Mercantil de Madrid, número XVI, a rectificar una inscripción.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Ramón Vázquez Fidalgo, en nombre y representación de «Iberprodex, Sociedad Limitada», contra la negativa de don José María Rodríguez Berrocal, Registrador Mercantil número XVI, de Madrid, a rectificar una inscripción.

Hechos.—I. En fecha 19 de julio del pasado año se dictó por esta Dirección General, Resolución —publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de agosto siguiente—, por la que se resolvía el recurso gubernativo interpuesto por don José Ramón Vázquez Fidalgo, en nombre y representación de «Iberprodex, Sociedad Limitada», frente a la negativa del Registrador Mercantil número XVI, de los de Madrid, a inscribir la escritura de constitución de dicha sociedad.

Entre las cuestiones allí debatidas se encontraba la admisibilidad o no de la enumeración de actividades llamadas según el artículo 2 de los Estatutos sociales a integrar el objeto social, en concreto, las siguientes que el Registrador consideraba contrarias a la exigencia de determinación del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil: «La intermediación en operaciones de compraventa de toda clase de mercancías y bienes, poniendo en relación a comprador y vendedor, o bien, realizando actos de comercio por cuenta de los comitentes en todas las fases de comercialización de toda clase de productos» (párrafo primero), y «la importación y exportación de toda clase de mercancías, incluyendo las funciones de intermediación» (párrafo segundo), así como la referencia a «bienes muebles» —por error en el hecho II de aquella Resolución se decía «inmuebles»— del párrafo cuarto, del siguiente tenor: «La adquisición, enajenación, intermediación en la compraventa, explotación y arrendamiento de bienes muebles e inmuebles».

El recurso fue estimado parcialmente, en cuanto a ese defecto, en los términos indicados en los fundamentos de derecho, donde, sintéticamente, se decía que en cuanto a los dos primeros párrafos, ha de entenderse que las referencias a la «importación y exportación de mercancías» y a la «intermediación en operaciones de compraventa», acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la compañía pretende desarrollar su actividad y que el único problema que pudiera plantearse, la sujeción de ciertas manifestaciones de la «intermediación» mercantil a regímenes legales específicos, se ha evitado mediante una previsión genérica, la contenida en la propia norma estatutaria referida a que si legalmente fuera preciso para desarrollar alguna de las actividades que integran el objeto un título profesional, deberán realizarse por medio de persona que lo ostente, y que, por el contrario, distinta significación debe atribuírsele a la disposición contenida en el párrafo cuarto, dado que no puede concebirse con criterio instrumental, como referida a los bienes a través de los cuales realizar el objeto social, por ser en tal caso superflua e innecesaria, ni como disposición con sustantividad propia, pues conduciría a un objeto omnicompreensivo, al ser equivalente a la explotación de toda clase de bienes.

II. En base a lo así resuelto, el Registrador procedió a inscribir los párrafos primero, segundo y cuarto de dicha norma estatutaria en los siguientes términos: «La sociedad tiene por objeto: La intermediación en operaciones de compraventa»; «La importación y exportación de toda clase de mercancías»; «La adquisición, enajenación, intermediación en la compraventa, explotación y arrendamiento de inmuebles» En la nota de despacho, consta que «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento

precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto proceder a su inscripción en él: Tomo 11.349, libro 0, folio 1, sección 8, hoja M-178311, inscripción 1. Observaciones e incidencias: 1. La inscripción del objeto social comprendido en el artículo 2 de los Estatutos sociales se realiza conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 19 de julio de 1996. 2. Conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, quedan sin efecto cuantas disposiciones que contengan los presentes Estatutos sean contrarias a dicha norma, siendo precisa su adaptación dentro del plazo previsto en la Disposición Transitoria segunda. En el plazo de dos meses, a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 23 de septiembre de 1996.— El Registrador.—Firmado: José María Rodríguez Barrocal».

III. Don José Ramón Vázquez Fidalgo, en la representación ya indicada, interpuso recurso gubernativo contra la negativa implícita en la nota de despacho de la escritura de constitución de «Iberprodex, Sociedad Limitada», a inscribir en su totalidad los párrafos primero, segundo y cuarto —éste, salvo las palabras «muebles»— del artículo 2 de los Estatutos sociales por entender que la inscripción practicada no se ajustaba a lo resuelto por la meritada Resolución.

IV. El Registrador decidió no admitir el recurso en base al argumento de que tal recurso, el previsto en el artículo 66 del Reglamento del Registro Mercantil, ha de serlo contra «la calificación del Registrador», y en este caso no ha habido calificación, sino la extensión de un asiento en base a lo resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado que se ha respetado escrupulosamente.

V. El recurrente se alzó frente a esa decisión, estimando que de la propia nota contra la que recurre resulta que ha existido calificación y es recurrible, insistiendo en su petición.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 20.1 del Código de Comercio; 7, 66.1 y 74 del Reglamento del Registro Mercantil, y la Resolución de 19 de julio de 1996:

1. Lo primero que ha de plantearse en este caso es si, como argumenta el Registrador, no hay materia susceptible de recurso al no existir calificación registral o, por el contrario, la inscripción practicada supuso una previa calificación que, por su contenido, es susceptible de recurrirse gubernativamente.

Ha de partirse de la base de que la práctica de toda inscripción registral implica la previa calificación del título que la motiva (cfr. art. 6.º del Reglamento del Registro Mercantil), pero así como en el caso de ser aquella positiva, desembocando en el asiento solicitado, no cabe frente a ella recurso gubernativo, pues, en definitiva, su resultado, que será aquel asiento, queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (cfr. arts. 20.1 del Código de Comercio y 7.º del mismo Reglamento), en el caso de ser negativa, en todo o en parte, a la inscripción solicitada, cabe frente a ella aquel recurso (art. 66.1 del repetido Reglamento). Interpuesto el recurso y dictada resolución por este Centro Directivo, se pone fin a la vía gubernativa,

de suerte que si, por una parte, lo resuelto por ella vincula al Registrador, a salvo lo dispuesto en el artículo 59 de aquel texto reglamentario, por otra, también se impone al recurrente, que no puede volver a reproducir la misma cuestión resuelta dando lugar a un nuevo recurso, a salvo las acciones que puedan deducirse ante los Tribunales. Ahora bien, a la hora de dar cumplimiento a la resolución dictada, su contenido ha de condicionar la actuación del Registrador, llamada a ser distinta en cada caso (vid., art. 74 del citado Reglamento), pero que, en especial, en el supuesto de que haya estimado parcialmente el recurso para dar entrada en los libros registrales a parte del contenido del título que lo pretende, requiere una cierta calificación previa, la resultante de confrontar el contenido del documento con el de la resolución, confrontación sobre cuyo resultado puede discrepar el interesado. En tal caso, a diferencia de lo que ocurrirá si el Registrador se ha excedido, inscribiendo más de aquello a lo que, en virtud de la resolución venía obligado, en que el resultado sería el mismo que se señaló para todo supuesto de calificación positiva, la salvaguardia judicial del contenido del asiento practicado, de darse el supuesto contrario, haberse practicado la inscripción con un contenido más restringido del que se considere que imponía la resolución dictada, se estará ante un supuesto de calificación negativa, singular, por razón de uno de los documentos objeto de ella (la resolución del recurso gubernativo), que en cuanto niega la inscripción en términos que la resolución permitía, es susceptible de recurrirse como cualquier otra. Y así lo pone expresamente de manifiesto la nota de despacho al advertir de la posibilidad de interponer recurso, advertencia que por lo dicho ha de entenderse referida, no a la inscripción practicada, sino a la observación contenida en la propia nota de que lo ha sido parcial, según la interpretación que el Registrador ha hecho de la previa Resolución de esta Dirección General.

2. Entrando ya en el fondo de la cuestión es de señalar que la parte dispositiva de la Resolución de 19 de julio de 1996 estimó parcialmente el recurso en cuanto al segundo de los defectos «en los términos indicados», lo que obliga, visto que en aquel defecto se englobaban todas las objeciones referidas al artículo 2.º de los Estatutos sociales, a acudir a los fundamentos de derecho, lo que es evidente, implica una labor de calificación del alcance de lo resuelto tal como se ha indicado. El segundo de aquellos fundamentos de derecho, tras una parte introductoria, contenía dos apartados. En el a) se contemplaban los dos primeros párrafos del artículo 2 de los Estatutos sociales para afirmar que las frases en ellos contenidas y que figuran entrecomilladas en el primero de los Hechos, acotaban suficientemente un sector de la realidad económica. Pero el hecho de haber traído a colación aquellas concretas frases como reveladoras de la inexistencia de la indeterminación que el Registrador había invocado, no puede interpretarse en el sentido que la citada Resolución no hacía, que tan sólo aquellas frases de los cuestionados párrafos de la regla estatutaria cumplieran aquel requisito y fueran los únicos inscribibles, debiendo prescindirse del resto de los párrafos en cuestión.

Si con relación al primero se admitió como objeto social suficientemente determinado «la intermediación en operaciones de compraventa», el más típico, sin duda, de los objetos de la comisión mercantil, poco añade al mismo el que esa compraventa se refiere a toda clase de mercancías y bienes y menos que se describa el contenido de dicha actividad, el poner en relación a vendedor y comprador, o que se añada el realizar por cuenta del comitente actos de comercio en todas las fases de la comercialización de productos, que en

realidad es una actividad distinta, propia también de la comisión mercantil en general, pero no limitada a la de compraventa y frente a la que no se ha formulado ni se puede poner otra objeción que impida su inscripción que la rechazada de la posible incidencia en actividades reservadas a determinados agentes investidos de requisitos especiales, que la propia previsión final de la primera norma estatutaria ha salvado.

En cuanto al segundo párrafo, admitida como actividad social inscribible «la importación y exportación de toda clase de mercancías», no hay razón alguna para excluir el resto del mismo. «Incluyendo las funciones propias de la intermediación», que no viene a ser sino reiteración de una actividad ya contemplada en el párrafo anterior y admitida su inscripción.

En el apartado *b)* se examinaba el cuarto de los párrafos del mismo artículo de los estatutos y la resolución confirmó la nota que denegaba la inscripción de la referencia a «bienes muebles», y en la inscripción practicada se han omitido esas palabras junto con la conjunción «e» que las enlazaba con el adjetivo «inmuebles», conjunción que de haberse mantenido hubiera ofendido a la sintaxis. El que del contexto de la argumentación de la resolución deduzca el recurrente que lo correcto sería suprimir las palabras «muebles e» para dejar subsistente el sustantivo bienes unido al calificativo inmuebles, aparte de intrascendente desde el punto de vista de la determinación de la actividad social, no se ajusta a lo resuelto en relación con el contenido de la nota en su día recurrida.

Por todo ello, esta Dirección General acuerda estimar parcialmente el recurso, declarando que son inscribibles en su totalidad los párrafos primero y segundo del artículo 2 de los Estatutos sociales de «Iberprodex, Sociedad Limitada»

Madrid, 20 de junio de 1997.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Señor Registrador Mercantil de Madrid, número XVI.

COMENTARIO

La presente decisión se ha dictado en vías de revisión de la ejecución de otra Resolución anterior (la de fecha de 19 de julio de 1996; publicada en el *BOE* de fecha 23 de agosto del mismo año). Viene a ser, por tanto, a modo de epílogo o corolario de los problemas debatidos en aquélla, relativos, fundamentalmente, a la determinación del objeto social. También puntualiza el Centro Directivo los límites de la calificación registral cuando se actúa en ejecución de una Resolución anterior, así como el derecho del interesado a recurrir los términos de dicha ejecución, materia esta última que constituye un tema novedoso en el repertorio de Jurisprudencia de la Dirección General.

I. EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES. SU IMPUGNACIÓN Y SUS LÍMITES: Ante todo, debemos afirmar que no cabe ninguna duda acerca de la posibilidad de interponer recursos gubernativos para discutir los términos en que se ejecuta o cumple, por parte del Registrador, lo dispuesto en una Resolución anterior. El problema lo causan aquellos supuestos en que se estima parcialmente alguno de los defectos alegados en la nota de calificación y no se llegan a precisar explícitamente los términos en que se consideran inscribibles las cláusulas estatutarias discutidas, o la parte en que deben resultar admitidas las mismas.

Se trata de un problema de límites: no pueden traerse nuevamente a discusión los mismos defectos ni las cuestiones que ya fueron resueltas negativamente en su día por la decisión que se ejecuta; pero sí que serán susceptibles de revisión los términos de esa ejecución, máxime cuando se ha estimado parcialmente el recurso, porque ello equivale a afirmar que una parte del título es inscribible y debe ser objeto, por consiguiente, de nueva calificación registral. «en los términos acordados (1) por la Resolución...»

En todo caso, siempre existirá una calificación registral previa que operará sobre la comparación entre los términos de la Resolución que se ejecuta y el contenido del título que se declara inscribible parcialmente; como dice la Resolución, objeto de nuestro comentario, esa calificación previa es... «*la resultante de confrontar el contenido del documento con el de la Resolución...*». Si esa inscripción se practica con un contenido más restringido que el que venía impuesto por la Resolución ejecutada, se estará ante un supuesto de calificación negativa, susceptible, por tanto, de recurso, porque se trata —indiscutiblemente— de una nueva calificación

II. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO SOCIAL. SU PROBLEMÁTICA: Como señalábamos, la Resolución, objeto del presente comentario, constituye el epílogo de otra anterior: la de 19 de julio de 1996, puesto que la discusión gira nuevamente en torno a la inscripción de determinadas cláusulas descriptivas de las actividades integrantes del objeto social. Se hace necesario retomar, por tanto, aquella primera decisión y partir de los términos en que ya entonces aparecía definido el objeto social.

El objeto de la sociedad cuya inscripción se admitió parcialmente en aquella Resolución de 1996, lo constituían, entre otras que aquí no interesan, las siguientes actividades:

1. «La intermediación en operaciones de compraventa de toda clase de mercancías y bienes, poniendo en relación a comprador y vendedor, o bien realizando actos de comercio por cuenta de los comitentes en todas las fases de la comercialización de toda clase de productos».
2. «La importación y exportación de toda clase de mercancías, incluyendo las funciones propias de intermediación».
3. «La adquisición, enajenación, intermediación en la compraventa, explotación y arrendamiento de bienes muebles o inmuebles».

(1) Es relativamente frecuente, en el ámbito del Registro Mercantil, este tipo de decisiones que revocan parcialmente la calificación, sobre todo cuando lo que se discute es la determinación del objeto social. En estos casos, junto a la decisión de admitir algunos párrafos o cláusulas del mismo, puede dictarse también la orden de practicar una nueva calificación de otras cláusulas cuya admisibilidad, o no, depende, precisamente, de los términos en que ha quedado o va a quedar configurado el resto del objeto social en función de lo resuelto.

La Resolución objeto del presente comentario es un ejemplo de ello, como luego tendremos ocasión de ver; pero no es el único ejemplo de decisión compleja en este sentido, pudiendo citarse también la Resolución de 13 de junio de 1994, la cual, tras revocar la nota de calificación que denegaba la inscripción del objeto social en su totalidad, rehusó analizar —punto por punto— cuál de los diez apartados en que se dividía el mismo podía ser susceptible o no de inscripción, precisando lo siguiente: «...sin que quepa en sede del presente recurso entrar a analizar cuáles de aquellas actividades contempladas en el mismo son o no susceptibles de inscripción en tanto no haya recaído sobre el particular la oportuna calificación negativa y haya sido recurrida...»

En el último párrafo del artículo estatutario, destinado al objeto social, se establecía que: «si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de algunas de las actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, tales actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente la titulación requerida».

1. *Examen de la nota de calificación de la primera Resolución:* El Registrador consideró que el objeto social transcrito adolecía de indeterminación y se limitó a decirlo escuetamente: «Los párrafos primero y segundo y la referencia a "bienes inmuebles" del párrafo tercero son contrarias a la exigencia de determinación del objeto del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil».

En aquella Resolución el Centro Directivo comenzaba por afirmar que el objeto social no podía ser tachado de omnicomprendivo, recordando —con profusa cita jurisprudencial— su reiterada doctrina en el sentido de que *«únicamente puede entenderse como fórmula omnicomprendiva y, por tanto, no admisible, aquella que recoge de manera indeterminada toda actividad industrial, mercantil o industrial...»* (2), confirmando la nota solamente en lo relativo a los «bienes muebles e inmuebles» y rechazándola en cuanto a los dos primeros párrafos: «actividades de intermediación y de importación-exportación», razonando que no tienen verdadero carácter genérico (3), estando siempre referidas a «mercancías y productos».

El otro argumento para la admisión de estos apartados consistió en que la propia cláusula estatutaria relativa al objeto social hace la salvedad de que tales actividades, cuando sea preciso, se llevarán a cabo mediante personas tituladas (4). Esto último puede producir cierta confusión en el intérprete porque podría parecer que todo objeto social expresado en términos más o menos genéricos, vagos o ambiguos queda purgado de sus defectos por la citada coetilla, que se ha convertido actualmente en la cláusula de estilo de muchos estatutos sociales. En el mejor de los casos, la citada cláusula serviría para evitar otro defecto muy distinto de la indeterminación: la asunción en el objeto social de actividades reservadas a determinadas profesiones que no pueden ser desempeñadas por una sociedad mercantil.

A nuestro juicio, la nota de calificación adolecía de cierto desenfoque: ciertos apartados del objeto social hubieran podido tacharse de indeterminados o genéricos, con infracción del artículo 117 del Reglamento, en caso de abarcar todo género o clase de intermediación en general (como acontecía en la Resolución de 15 de diciembre de 1993), pero no ocurría así en este caso, puesto que dicha actividad estaba perfectamente acotada al referirse solamente a *«mercancías o productos»*.

(2) Vid. Resoluciones de 4 de marzo de 1981, 1 de agosto de 1982, 22 de agosto de 1983 y 27 de noviembre de 1985, recogidas al final del presente comentario.

(3) Si presentaría ese carácter genérico el objeto consistente en... «el desempeño y ejecución de toda clase de encargos y representaciones de confianza que se le confieran y otros actos que impliquen gestión a nombre y por cuenta de terceros en la vida económica o mercantil», que es el caso contemplado y rechazado por tal causa en la Resolución de 15 de diciembre de 1993.

(4) La cláusula de estilo a que nos referimos dice así: «si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de algunas de las actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, tales actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente la titulación requerida».

Al propio tiempo, si el objeto abarcase —como en aquellos casos— todas las actividades de intermediación en general, se estaría produciendo esa invasión de campos reservados por las Leyes a determinado tipo de entidades, o de profesionales, con carácter exclusivo y excluyente. Se trataría de las actividades de intermediación financiera, bancaria, bursátil, seguros y reaseguros, patentes, marcas, ciertos agentes comerciales y un larguísimo etcétera. En estos supuestos, los defectos siempre serían dos: la indeterminación del objeto y la inclusión en el mismo de actividades reservadas a entidades o profesiones especiales. La nota, sin embargo, se ha limitado a señalar su hipotético carácter genérico (5) del objeto.

Debe tenerse en cuenta la argumentación formulada por la citada Resolución de 15 de diciembre de 1993, la cual, ante un objeto referido a toda clase de comisión o intermediación mercantil, confirmó la existencia de indeterminación (único defecto opuesto por la nota) argumentando que debía acotarse el objeto por vía de excepción, excluyendo del mismo aquellas actividades legalmente reservadas a otras sociedades o a ciertos profesionales, porque de lo contrario, dado ese carácter genérico o indeterminado de la intermediación mercantil en general (*la determinación por el género incluye todas las especies*) se estarían invadiendo esos campos reservados.

En aquella ocasión la Dirección General no se limitó a confirmar el carácter genérico del objeto —único defecto opuesto en la nota—, sino que, además, puso de relieve los efectos colaterales que produce esa indeterminación: la invasión de campos reservados a determinadas sociedades especiales. Nótese que en este caso los defectos eran dos: el carácter genérico del objeto y la invasión de campos reservados. La Resolución citada viene a decirnos que lo segundo es consecuencia de lo primero; es decir, utiliza este efecto colateral como medio de evidenciar el defecto principal y único formulado.

La posibilidad de confusión a que aludíamos al principio se produce porque la invasión de campos reservados suele ser consecuencia del carácter genérico del objeto, pero también puede tener carácter autónomo. Desde luego, se trata siempre de dos defectos conceptualmente distintos, y aunque el segundo pueda considerarse subsumido en el primero, o tomarse como signo revelador del mismo, cuando exista por sí solo debe formularse técnicamente, con expresión de las actividades reservadas que invade indebidamente el objeto social, sin confundirlo con los supuestos de indeterminación del mismo.

2. *Examen de lo dispuesto por la Resolución de 19 de julio de 1996:* Confirmó la nota en cuanto denegaba la inscripción de la referencia a «bienes muebles e inmuebles», por omnicompreensiva, y admitió la inscripción de los otros apartados del objeto social consistentes en la importación, exportación e intermediación relativa a mercancías y productos, considerando que no existía indeterminación del mismo por cuanto:

1.º La actividad en cuestión no es genérica, quedando suficientemente acotada al referirse a mercancías y productos, con lo que también excluye

(5) Existiría, además, otro posible defecto en el primer apartado, la inclusión en el objeto de lo que no son sino meros actos de desarrollo o ejecución material de la actividad principal contemplada en el mismo. Si el objeto consiste en la intermediación mercantil, no es necesario describir los actos mediante los cuales se realiza ésta (cfr art 117, núm. 2, del Reglamento del Registro Mercantil). Sin embargo, no se formuló en su momento observación alguna acerca de este punto.

tácitamente otras actividades de intermediación en materia de banca, bolsa, seguros y demás ramos objeto de regulación especial.

2.º Se dejan a salvo otras actividades reservadas a determinadas profesiones que no pueden ser desempeñadas por una sociedad mercantil. Si bien este posible defecto no figuraba en la nota.

Por consiguiente, se admitió la inscripción de este apartado del objeto porque concurrían simultáneamente todas las circunstancias citadas. En caso de faltar cualquiera de ella, el objeto social sería defectuoso, bien por resultar genérico, bien por invadir actividades reservadas.

Como quiera que la nota no contemplaba esta última hipótesis, es preciso resaltar dicho aspecto para evitar que, partiendo de un supuesto tan específico como el que aquí se contemplaba, se pueda generalizar en exceso, extrayendo conclusiones erróneas:

1.ª Si el objeto está formulado genéricamente, las cláusulas de estilo que dejan a salvo las actividades reservadas a determinados profesionales no tienen ningún efecto sanatorio.

2.ª Si dicho objeto, expresado en términos más o menos amplios, o cuasi-genéricos, *excluye expresamente las actividades reservadas a las sociedades especiales*, se habrá producido la delimitación o determinación del mismo por vía de exclusión a que aludía la tantas veces citada Resolución de 15 de diciembre de 1993 y no incurrirá en la inconcreción sancionada por el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero sí podrá incurrir en el otro defecto.

3.ª Aunque se respeten las restricciones antecitadas, podría producirse la invasión de las actividades legalmente reservadas a los profesionales y que no pueden ser desempeñadas por una sociedad mercantil. Aquí es donde la cláusula de estilo, antes examinada, puede salvar la situación, pero para que despliegue estos efectos es necesario que no concurra ninguno de los dos defectos anteriores: Si el objeto es genérico o, aunque no lo sea, invade algún campo reservado a las sociedades especiales, la cláusula de estilo no resolverá nada.

Aunque a riesgo de repetirnos, tenemos que insistir en este último extremo: Aquella Resolución de 1996 debe interpretarse conjuntamente con las otras dos que le han servido de precedente (20 de diciembre de 1990 y 15 de diciembre de 1993), especialmente la segunda, que es sumamente reveladora en cuanto a la posibilidad de determinar el objeto social por vía de exclusión. De no tener en cuenta esta última, fácilmente podría sacarse una conclusión errónea de la doctrina aquí formulada, atribuyendo a la citada cláusula de estilo unos efectos que realmente no tiene.

3. Conclusiones. La originaria nota de calificación fue revocada en su día por la tantas veces citada Resolución de 19 de julio de 1996, que no ratificó la tacha de indeterminación del objeto social opuesta por el Registrador. Este defecto era el único alegado en su nota y venía referido indiscriminadamente a varios «párrafos» del objeto social, comprendiendo la totalidad del contenido de los mismos, sin excepción ni matiz de ningún tipo.

Aquella Resolución decía textualmente: «. En relación a los **dos primeros párrafos**, ha de entenderse que las referencias a la "importación y exportación de mercancías" y a la "intermediación en operaciones de compraventa" acotan

suficientemente el sector de la realidad económica en que la compañía pretende desarrollar su actividad...»

Si la nota revocada se refería a todo el contenido de los párrafos, sin distinción, y la Resolución decidió estimar el recurso, por entender que las expresiones que encabezaban cada uno de aquellos párrafos «*acotan suficientemente un sector de la actividad económica*», sin incurrir en indeterminación, no cabe duda de que estaba admitiendo la inscripción de la totalidad de aquéllos, puesto que las palabras o frases que venían a continuación de aquellas expresiones ni añadían ni desvirtuaban el contenido sustantivo de las actividades descritas.

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
Registrador Mercantil de Barcelona

ANOTACION DE PROHIBICION DE DISPONER. NO SE PUEDE PRACTICAR CUANDO LA FINCA ESTE INSCRITA EN FAVOR DE PERSONA DISTINTA DE AQUELLOS QUE FIGURAN EN EL MANDAMIENTO. CALIFICACION DE DOCUMENTOS JUDICIALES. (RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1998. BOE DE 3 DE MARZO DE 1998.)

RESOLUCION de 12 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora doña María Aguilera Pérez, en nombre de don Pedro Gervasio Campo Martínez, contra la negativa de don Rafael Arozamena Poves, Registrador de la Propiedad de Santander, número 1, a practicar una anotación preventiva de prohibición de disponer en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. El día 9 de diciembre de 1993, la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción, número 4, de Santander, en diligencias previas número 861/1993, a consecuencia de querella criminal interpuesta a instancia de don Pedro Gervasio Campo Martínez, contra los dos únicos socios de determinadas sociedades, dictó mandamiento de anotación preventiva de prohibición de disponer sobre la finca registral número 63.146 del Registro de la Propiedad de Santander, número 1, que corresponde a un piso sito en Cueto.

II Presentado el citado mandamiento en el Registro de la Propiedad, número 1 de Santander, fue calificado con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de Santander, número 1. Se deniega la anotación ordenada en el precedente mandamiento, en primer lugar, por figurar en el Registro la finca inscrita, no a nombre de las personas físicas respecto de las cuales se dice en el mandamiento “existir suficientes indicios de responsabilidad criminal”, sino a nombre de la entidad “Altarupa, Sociedad Limitada”, y, en segundo término, por razón de que la anotación de prohibición de enajenar, comprendida en el número 4 de la Ley Hipotecaria sólo procede en juicios civiles, no en procedimientos de tipo penal, como es el presente, según se desprende de las palabras de dicho precepto, “el que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviera...”, así como el número 6, en relación con el número 3 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, al utilizar la expresión “cuando en alguno de dichos procedimientos civiles...” Archivado el duplicado del mandamiento. Santander, a 23 de diciembre de 1993.—El Registrador: Rafael Arozamena Poves».

III. La Procuradora de los Tribunales, doña María Aguilera Pérez, en nombre de don Pedro Gervasio Campo Martínez, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que mediante escritura pública autorizada por el Notario de Santander, don Emilio González-Madroño Domenge, el día 23 de febrero de 1993, la entidad mercantil «Promodepa, Sociedad Limitada», constituyó hipoteca cambiaria a favor de don Pedro Gervasio Campo Martínez sobre la finca registral número 63.146 del Registro de la Propiedad de Santander, número 1, en garantía de pago de cierta cantidad. Que presentada por el acreedor copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad citado, el día 1 de marzo, no fue posible su inscripción, puesto que la referida sociedad había vendido la finca a la mercantil «Altarupa, Sociedad Limitada», el día 24 de febrero de 1993, cuya escritura fue presentada en el Registro el mismo día, figurando en la inscripción como únicas cargas aquéllas que constaban anteriormente inscritas. Que ante lo expuesto, el acreedor hipotecario se ha visto burlado en su legítimo derecho de garantía por la acción dolosa de dos personas físicas que amparadas en la existencia de dos sociedades meramente instrumentales y de las que son únicos socios han impedido la inscripción de la hipoteca pactada. Que en las diligencias previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Santander, la Ilustrísima Magistrada-Juez libró mandamiento al Registro de la Propiedad de Santander, número 1, ordenando la práctica sobre la finca número 63.146, de la anotación preventiva de prohibición de disponer. Que el señor Registrador en su nota de calificación no tiene en cuenta, como mantenía la Resolución de 30 de septiembre de 1926, que nuestras leyes no circunscriben la facultad de prohibir la enajenación de bienes inmuebles a los juicios civiles, y, en consecuencia, el error de cita del número 4 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria no debe ser obstáculo para la práctica del asiento solicitado, en base a la citada Resolución y al número 10 del artículo 42 referido, en relación con el artículo 26.2.º de la Ley Hipotecaria. Que en cuanto al otro defecto de figurar la finca inscrita a nombre de la entidad «Altarupa, Sociedad Limitada», no debe impedir la extensión de la anotación preventiva, dada la absoluta identidad de los querellados con la citada sociedad.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que se hace remisión a los fundamentos legales que constan en la nota impugnada, de los cuales resulta claramente que la anotación contemplada en el número 4 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria sólo procede en los juicios civiles. Que el recurrente ha equivocado el camino a seguir, pues lo correcto hubiera sido la interposición de una demanda civil, encaminada a declarar la nulidad por causa de simulación de las escrituras de constitución de las sociedades. Que de haberse procedido así se hubiera podido obtener la anotación preventiva de la demanda, conforme al artículo 42, número 1, de la Ley Hipotecaria. Que conforme a lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en cuanto a la calificación registral de documentos judiciales, se considera que es ajustada a derecho la nota de calificación impugnada.

V. La ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción número 4, de Santander, informó Que constando en las diligencias previas número 861/1993, la existencia de un hecho que pudiera ser constitutivo de un delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del Código Penal, se acordó la práctica de la anotación a que se refiere el artículo 42, número 4, de la Ley Hipotecaria, por resultar imprescindible para garantizar la efectividad del procedimiento, y que es posible practicar por analogía dicha anotación

en una causa criminal. Que no se está conforme con la denegación de la anotación acordada.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria revocó la nota del Registrador, fundándose en cuanto al primer defecto que no tiene consistencia, ya que precisamente lo que se pretende investigar en las diligencias previas número 861/1993, es si esa adquisición por una sociedad puede tener carácter fraudulento, y que el mandato de anotación que se hace por la señora Juez es perfectamente congruente y totalmente necesario para garantizar el resultado final del proceso en que se ordena, y en cuanto al otro defecto, el señor Registrador parte de una interpretación totalmente literal del número 4 del artículo 42, que no es posible cuando se trata de procedimientos criminales, pues con tal tesis restrictiva no se podrá aceptar dar aplicación a las medidas de aseguramiento de bienes inmuebles que permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que ha sido aceptada por las Resoluciones de 20 de abril de 1925 y 18 de octubre de 1965

VII. El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que las anotaciones preventivas se rigen por el sistema de *numerus clausus* y sólo se puede practicar aquellos supuestos reconocidos por la Ley, tal como lo demuestra el artículo 42 de la Ley Hipotecaria; 2.º Que si prevaleciera la resolución impugnada, la práctica de la anotación ordenada iría en contra del principio de tracto sucesivo, consagrado por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; 3.º Los procedimientos penales no constituyen el cauce idóneo para declarar el carácter fraudulento de un acto jurídico, lo que sólo puede ser establecido en juicio de carácter civil; 4.º Que en el auto apelado se omite citar la más reciente jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, que sólo admite la anotación del artículo 42.4 de la Ley Hipotecaria en los juicios de carácter civil.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 117.3 de la Constitución Española; 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; los artículos 1, 18, 20, 26.2, 38, 42.4 de la Ley Hipotecaria, y 100 del Reglamento para su ejecución; las Resoluciones de 20 de abril de 1925, 2 de diciembre de 1944, 18 de octubre de 1955, 1 de abril de 1991, 1 de abril de 1991, 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, 19 de enero de 1993 y 17 de febrero del mismo año.

1 Interpuesta en su día querella criminal contra determinadas personas físicas, se ordena por el Juez Instructor, tomar anotación preventiva de prohibición de disponer sobre fincas que aparecen inscritas a nombre de una persona jurídica (sociedad limitada) cuyos únicos socios son los querellados según se dice en el mandamiento presentado al Registro. El Registrador deniega la anotación por falta de tracto y por entender que no procede tal tipo de anotación en procedimiento penal, reservada solamente para juicios civiles.

2. Sin entrar ahora a debatir si la anotación ordenada es la de prohibición de disponer prevista en el número 4 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria o la de querella, según pone de manifiesto el Juez Instructor en el informe que se acompaña al presente recurso, lo cierto es que las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la denegación de la nota recurrida toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria), sin que pueda alegarse en contra, la limitación del ámbito calificador

respecto de los documentos judiciales, pues, si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (art. 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no lo es menos que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que, en el ámbito registral, determina la posibilidad de practicar asientos que comprometan una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme al art. 1 de la Ley Hipotecaria), si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento, o haya sido parte en el procedimiento del que dimana; de ahí que en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con los preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan del Registro.

3. Por lo anteriormente expuesto, no procede examinar si la anotación pretendida es la de querella y se reunían los requisitos para proceder a su práctica (vid Resoluciones de 1 de abril de 1991 y 9, 10 y 11 de diciembre de 1992) o era literalmente la de prohibición de disponer reservada a procedimientos civiles.

La Dirección General ha acordado revocar el auto apelado sólo en los términos arriba expresados.

Madrid, 12 de febrero de 1998.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

COMENTARIO

La Resolución que hoy nos ocupa pone de relieve una cuestión controvertida, cual es el aseguramiento de las resultas de un procedimiento penal a través de las anotaciones preventivas, y más concretamente a través de la anotación preventiva de prohibición de enajenar.

A esta anotación se refieren expresamente dos preceptos de la Ley Hipotecaria:

El artículo 26.2 que dice: «Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas.

2.º Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva»

El artículo 42.4 afirma: «Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 4.º El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles».

No hay duda que las anotaciones preventivas que se pueden practicar en los libros registrales están tasadas legalmente, por lo que rige para ellas el criterio de *numerus clausus*, la cuestión es dilucidar si la anotación preventiva

de prohibición de disponer dictada en un procedimiento penal está o no excluida, ya que la dictada en procedimiento civil es comúnmente admitida. En este sentido se manifiesta la Resolución objeto de este comentario, cuando en su último inciso afirma: «o era literalmente de prohibición de disponer reservada a procedimientos civiles».

El artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria admite, sin distinguir las anotaciones que deriven de una resolución judicial, sin distinguir el tipo de jurisdicción de la que emanan, por lo que los obstáculos no derivan de este precepto sino del artículo 42.4 de la Ley Hipotecaria cuando habla de «juicio ordinario», lo que circunscribiría su aplicación al orden civil.

Entiendo que el artículo 42.4 de la Ley Hipotecaria no circunscribe las anotaciones de las que habla, al proceso civil, por los siguientes argumentos:

En primer lugar de orden legal:

1. El artículo 42.4 LH regula conjuntamente la anotación preventiva de embargo y la de prohibición de disponer y, no obstante, el artículo 140 del Reglamento Hipotecario, que se encuadra dentro del epígrafe de embargo y secuestro, permite los embargos derivados de causa penal, con lo que también podría aplicarse a las anotaciones preventivas de secuestro, ya que los dos artículos que se agrupan bajo el mismo epígrafe se refieren al embargo, y deberán aplicarse por analogía al secuestro, pues de otro modo no tendría sentido el epígrafe.

Así pues, pese a la dicción literal del artículo 42.4 LH, en cuanto a «juicio ordinario», parece que deberá practicarse una anotación preventiva de secuestro dictada en juicio criminal.

2. El artículo 145 del Reglamento Hipotecario empareja el artículo 26.2 y el 42.4, ambos de la Ley Hipotecaria, en cuanto a sus efectos, teniendo en cuenta que el primero no distingue el origen de las resoluciones judiciales que ordenen la anotación.

3. El artículo 206.3, en relación con el punto 6 del Reglamento Hipotecario, puede considerarse un argumento neutral, ya que la frase «alguno de dichos pleitos civiles» no engloba a los anteriores cinco números, ya que el número 2 habla de embargo dictado en causa criminal, y en los otros no distingue. De seguirse este argumento no podría obtenerse tampoco anotación preventiva de querella.

4. El artículo 742.2 en relación con el 589, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, citados por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 1 de abril de 1991, que dicen:

· 742.2 LECrim: «También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio».

589 LECrim «Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare fianza».

De la lectura de ambos preceptos puede deducirse que la acción penal lleva aparejada, en algunos casos, la acción civil de nulidad de los títulos traslativos del dominio, como es el caso de los delitos de estafa y alzamiento de bienes, y por lo tanto entre las medidas destinadas a dotar de efectividad el pronun-

ciamiento judicial, está la petición de anotación de prohibición de disponer, siempre que el Juez lo estime pertinente, atendiendo a los indicios de delito en las actuaciones traslativas de los querellados.

En segundo lugar, de las sentencias del Tribunal Supremo que entienden que en el proceso penal puede declararse la nulidad de los negocios jurídicos de disposición a través de los cuales el querellado haya quedado insolvente, así como de las inscripciones registrales derivadas de los mismos (STS de 4 de noviembre de 1981, de 25 de mayo de 1987, 11 de junio de 1984, entre otras).

En tercer lugar, de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras las Resoluciones de 1 de abril de 1991, y de 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, que admiten en nuestro Derecho la anotación preventiva de querella, siempre y cuando se den los siguientes presupuestos:

- 1.º Que se ejercite la acción civil juntamente con la penal.
- 2.º Que la solicite el Tribunal cuando se den las condiciones del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, indicios de criminalidad.

Por último, del Auto dictado por la Audiencia Provincial de Albacete, resolviendo un recurso de queja, de fecha 5 de marzo de 1998, en el que dentro de los autos de un juicio por estafa, en su razonamiento jurídico tercero afirma la procedencia de la anotación de prohibición de disponer en los procedimientos penales, como garantía general del proceso, «evitando con su práctica la potencial transmisión de una o varias facultades dominicales y preservando así una vez investigado el presunto hecho punible que se conecta con la finca objeto de anotación una eventual ejecución que sería ilusoria si aquella pudiera ser transmitida libremente a terceros mientras se actúa en el esclarecimiento de los hechos punibles».

Descartados los impedimentos legales, y visto que con anterioridad se ha permitido la anotación de la querella, no hay impedimento alguno para sostener, a mi juicio, que en aquellos casos que el Juez lo estime conveniente por existir indicios de criminalidad en los procedimientos de estafa y alzamiento de bienes en los que se inste la nulidad de la transmisión, y siempre y cuando se haya dirigido contra el titular registral la querella, se pueda proceder a anotar preventivamente la prohibición de disponer con el régimen que con carácter general establece la Ley Hipotecaria.

M.ª EMILIA ADÁN GARCÍA

DIVISIBILIDAD DE HIPOTECA QUE GRAVA UNA PLANTA DE GARAJE CUANDO SE VENDE UNA CUOTA INDIVISA. CUANDO SE TRATA DE LA VENTA DE UNA CUOTA INDIVISA DE UNA PLANTA DE GARAJE QUE NO SE DELIMITA, AL SEÑALARSE ÚNICAMENTE EL USO EXCLUSIVO DE UNA PLAZA QUE SOLO SE IDENTIFICA POR UN NUMERO, NO SE PUEDE DISTRIBUIR LA HIPOTECA QUE GRAVA LA TOTALIDAD DEL GARAJE PORQUE NO SE DAN LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 123 DE LA LEY HIPOTECARIA, YA QUE NO SE PRODUCE UNA VERDADERA DIVISION MATERIAL DE LA FINCA GRAVADA. ESAS PLAZAS NO PUEDEN SER CALIFICADAS JURIDICAMENTE COMO FINCAS INDEPENDIENTES

DENTRO DE UN NUEVO REGIMEN DE SUBPROPIEDAD HORIZONTAL; AL NO EXISTIR, POR TANTO, VERDADERA DIVISION DEL LOCAL, NO CABE LA DISTRIBUCION DE LA HIPOTECA QUE LO GRAVA. (RESOLUCIONES DE 5 Y 7 DE ENERO DE 1998. BOE 27 Y 29-1-98).

Hechos

I

El día 15 de marzo de 1993, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Francisco Echávarri Lomo, la entidad «Promociones Inmobiliarias Iriarte, Sociedad Anónima», vende a doña Ana María Sabadell una vivienda junto a una cuota indivisa de un local destinado a garaje, que da derecho al adquirente a disfrutar de una determinada plaza de aparcamiento. La venta se hace libre de cargas salvo las hipotecas que gravan tanto la vivienda como el local destinado a garaje, y en cuanto a este último la hipoteca recae sobre el local en su integridad sin que exista distribución del crédito hipotecario entre las posibles cuotas en que pudiera dividirse. En la citada escritura se asigna a la cuota objeto de la venta una concreta responsabilidad hipotecaria por principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios, costas y gastos y para prestaciones accesorias compareciendo la representación del banco acreedor hipotecario a fin de aceptar expresamente la distribución de la responsabilidad hipotecaria, y, por último, el comprador se subroga en el débito al acreedor por los importes distribuidos de las hipotecas que gravan la vivienda y la cuota indivisa del local comercial.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 22, fue calificada con la siguiente nota «Practicada la inscripción del precedente documento en cuanto a las operaciones que el mismo contiene en los folios, fincas, libros e inscripciones relacionados al margen de la descripción de cada una de las dos fincas radicantes en la demarcación de este Registro de la Propiedad número 22 de los de Madrid; denegándose la inscripción de los dos párrafos últimos del apartado cargas y de los puntos segundo y tercero del párrafo segundo de la estipulación segunda, por poder inducir a confusión al adquirente, ya que al no figurar inscrita en el Registro la distribución de hipoteca resultan contradictorios a lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria y tener, además, mero carácter obligacional. Contra esta nota podrá interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha por los trámites regulados en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Madrid, 8 de julio de 1993. El Registrador, firmado, Rafael Rodríguez García».

III

Don Luis de la Fuente Alfaro, como Administrador solidario de «Promociones Inmobiliaria Iriarte, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que la situación registral al presentarse la escritura en el Registro de la Propiedad es la existencia de una hipoteca unitaria sobre el local comercial destinado a garaje por una cuantía total de 32.000.000 de pesetas. Que los locales destinados a garaje pueden ser objeto de enjuiciamiento no como fincas independientes, sino mediante cuotas que llevan aparejado el uso de una plaza concreta de aparcamiento, pudiendo abrir folio registral (artículo 68 del Reglamento Hipotecario) Este modo de llevar a cabo la enajenación tiene algunas ventajas y algunos inconvenientes como pueden ser la formación de una subcomunidad, la relativa indeterminación física en el Registro de número posible de plazas de aparcamiento y de las cuotas resultantes, que esto último puede llevar a una inconcreción del posible objeto de venta, que es la cuota, que hace imposible en el momento de constituir la hipoteca la distribución de la misma. Pero tal inconveniente no puede llevar al interesado a renunciar al crédito territorial; bien al contrario el ordenamiento jurídico es lo suficientemente flexible para compatibilizar el interés del promotor en financiar la construcción de los garajes como su interés en hacer la compra atractiva a terceros, mediante la distribución de la hipoteca a medida que se van conociendo las cuotas matemáticas objeto de enajenación. Que lo establecido en los artículos 1.860 del Código Civil y 119 de la Ley Hipotecaria se refieren al supuesto de pluralidad de fincas «ab initio». Que la Ley Hipotecaria acepta que la distribución pueda hacerse posteriormente en el artículo 123 y en el artículo 216 de su Reglamento, siendo un pacto lícito (1.255 del Código Civil). Que no hay precepto que imponga la distribución si todavía no han surgido a la vida jurídica nuevas fincas o cuotas de fincas. Que admitida la validez del pacto posterior de distribución sucesiva de hipoteca hay que contemplar sus requisitos, para ver si en la escritura calificada se incumplió alguno de ellos: a) Elemento personal. Que en la citada escritura se cumplen los requisitos personales (artículos 1.203 y 1.219 del Código Civil y 20 de la Ley Hipotecaria, y Resoluciones de 23 de febrero de 1929, 12 de julio de 1945, 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1986) b) Elemento real. Que no hay modificación del objeto, sino del modo en que queda sujeto al cumplimiento de la obligación. Que en la escritura se cumple lo que establecen los artículos 1.880 del Código Civil, 119 de la Ley Hipotecaria y 216 del Reglamento Basta hacer una operación aritmética de resta para saber qué responsabilidad tiene la parte del dominio no enajenada. El orden de llegada al Registro de la Propiedad de las escrituras de venta no tiene por qué coincidir con la fecha de su autorización. Que no hay resto en el sentido finca del término, sino nacimiento de una comunidad en formación, cuyo número final de titulares y proporción de sus derechos dependerá del número de ventas y de la cuota concreta que cada uno adquiera. c) Elemento formal. Que la distribución hipotecaria se ha hecho en escritura pública (artículo 216 del Reglamento Hipotecario). d) Efectos frente al adquirente. Que no puede existir confusión alguna, ya que los efectos de la distribución están legalmente establecidos (artículos 120, 124 y 125 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento). e) Efectos frente a otros posibles adquirentes. Que al constar en el Registro de la Propiedad la distribución verificada le afectará plenamente. f) Efectos frente a posibles adquirentes del

crédito hipotecario. También les afecta plenamente por las razones anteriores. 2. Que en cuanto a la contradicción con el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Que los artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario regulan específicamente la hipoteca constituida sobre un bien adquirido en proindivisión por diversas personas. Que constando en la escritura calificada al consentimiento del acreedor hipotecario a la distribución no se entiende cómo puede afirmarse que existe contradicción con el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. 3. Que, finalmente, hay que señalar que si existe algún pacto de modificación de hipoteca que tenga carácter real y oponible «erga omnes» es el pacto de distribución, hasta el punto que se regula con detalle en la Ley y el Reglamento Hipotecario. Que hay que señalar lo declarado en la Resolución de 12 de julio de 1995.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que se considera que en la escritura calificada no ha habido una verdadera distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las entidades registrales o cuotas de fincas a que da lugar la venta de la participación indivisa de la finca con atribución de plaza de garaje que es objeto de la misma. Que, desde el punto de vista legal, distribuir la responsabilidad hipotecaria es «determinar la cantidad o parte del gravamen de que cada finca debe responder», cuando se hipotequen varias por un solo crédito, como dice el artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Este criterio lo confirma el artículo 216.1 del Reglamento Hipotecario. Que es indudable que la distribución de hipoteca puede hacerse en el mismo momento de su constitución, tratándose de varias fincas, derecho o cuotas ideales, con posterioridad, o en el mismo título en que se produzca la transmisión de cualquiera de ellas, como debiera haberse hecho en la escritura calificada, pues lo importante es que la distribución tenga lugar y conste oportunamente en el Registro. Así lo confirma el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Que en la escritura calificada los intereses se limitan a concretar la responsabilidad hipotecaria sobre la cuota de participación transmitida olvidando por completo el resto de la finca. Que, además, si se examina la exposición de los diversos elementos personales, reales y formales que integran el acto jurídico de distribución de la responsabilidad hipotecaria, se observa que falta el consentimiento del acreedor para la distribución de la responsabilidad, pues dicho consentimiento se contrae a una sola de las fincas resultante de la división y no a todas, y en este punto hay que destacar la Resolución de 27 de marzo de 1989. Que, en definitiva, no se ha realizado distribución de la responsabilidad hipotecaria. Que el Registrador no debe realizar tal distribución de oficio: a) Por ser un acto jurídico de importancia que exige una serie de elementos, entre ellos el consentimiento de los interesados; b) Que tal distribución no es una sencilla operación aritmética que pueda tener acceso al Registro mediante una simple nota marginal; c) Que la aplicación del artículo 47 del Reglamento hipotecario está fuera de realidad; d) Que, como se desprende del artículo de la Ley Hipotecaria, la distribución hipotecaria tiene reflejo en el Registro mediante un asiento de inscripción; e) La función del Registro de la Propiedad es rogada; f) Este carácter rogado es confirmado en las Resoluciones de 30 de abril de 1936, 11 de agosto de 1939 y 22 de junio de 1940, entre otras; g) Sólo puede actuar el Registrador de oficio en deter-

minados casos, uno de ellos el del artículo 47 del Reglamento Hipotecario; h) Que hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 216 del Reglamento Hipotecario. Que, conforme a lo anterior, hay que señalar: a) Que existe contradicción con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria; b) Que lo realizado puede inducir a confusión al adquirente, pues: 1) El acreedor hipotecario puede repetir por la totalidad la suma asegurada contra la porción de finca transmitida, contra el resto de finca o contra ambos a la vez; 2) Que el adquirente no puede exigir la cancelación de hipoteca correspondiente a la porción adquirida, y 3) Que la asignación realizada en la escritura no puede tener acceso al Registro, por tratarse en un simple pacto entre las partes, afectante una sola de las fincas, quedando privado de efectos «erga omnes».

V

El Notario autorizante del documento informó: Que en la escritura calificada se realiza la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre la cuota indivisa objeto de enajenación y el resto de la finca, ya que expresamente se determinan las cantidades de las que responderá aquélla, respondiendo el resto de finca de la cantidad de préstamo restante, sin que se pueda obligar al titular registral a dividir su finca en varias cuotas o porciones, operación que irá realizando a medida que sepa las cuotas que van a ser objeto de enajenación. Que el acreedor comparece en la escritura para aceptar y consentir la distribución de la responsabilidad hipotecaria. Que se ha dado debido cumplimiento a los artículos 216 del Reglamento Hipotecario y 123 de la Ley Hipotecaria. Que la inscripción garantizará al adquirente que sólo responderá de la hipoteca hasta el límite de lo que ha quedado afecta la cuota que ha adquirido

VI

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que el recurso no puede prosperar en cuanto ni consta en el Registro la distribución del crédito hipotecario sobre el conjunto de pisos y locales de aparcamientos que conforman la finca hipotecada globalmente, ni tampoco consta la aceptación expresa del acreedor hipotecario, y en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

VII

El recurrente apeló al auto presidencial manteniéndose en las alegaciones que constan en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 y 401 del Código Civil; 8 y 123 de la Ley Hipotecaria; 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, 68 del Reglamento Hipotecario, y de las Resoluciones de 8 de mayo de 1995, 26, 29 y 30 de abril de 1996.

1. En ocasión de la transmisión en una cuota indivisa de un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal, destinado a garaje, que aparece gravado con hipoteca, se acuerda la asignación a dicha cuota de una parte de la total responsabilidad hipotecaria a que viene afecto el local, de conformidad al artículo 123 de la Ley Hipotecaria, asignación que el Registrador deniega habida cuenta que dicha cuota se concreta, según los otorgantes, en determinada plaza de garaje que sólo viene identificada por un número

2. Para resolver este recurso, sin embargo, hay que partir del hecho de que, en este caso, aun cuando el acreedor hipotecario consiente la distribución de responsabilidad hipotecaria realizada, no se cumple el supuesto de hecho del artículo 123 de la Ley Hipotecaria porque no se ha producido una verdadera división material de la finca gravada, sino exclusivamente la transmisión de una cuota indivisa sobre la misma. En efecto, como ya señaló la Resolución de 8 de mayo de 1995, las cuotas indivisas sobre un local garaje que llevan consigo el uso de una plaza que sólo se identifica por un simple número no pueden ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales pueden operar en todo su rigor los principios hipotecarios; de conformidad con los artículos 396 y 401 del Código Civil, 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8 de la Ley Hipotecaria, para que pueda hablarse de propiedad separada en un régimen de propiedad horizontal, no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa, además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecta ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concreta esa participación abstracta. Faltando esa delimitación especial, las cuotas que se señalen por el propietario único del local carecerán de sustantividad jurídica actual que permita diferenciarlas entre sí, por más que a cada una se le asigne una porción abstracta de la superficie del total local; la sola cuota indivisa no es más que una medida de la participación de cada comunero en la titularidad compartida. No existiendo, por tanto, verdadera división del local en régimen de propiedad horizontal, no cabe la distribución de la hipoteca que lo grave

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 5 de enero de 1998.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

I

COMENTARIO

En un edificio en régimen de propiedad horizontal, hay un local destinado a garaje, gravado en su integridad con una hipoteca. Es objeto de venta una cuota indivisa de dicho local, cuota que da derecho a disfrutar de una plaza de aparcamiento que, al parecer, sólo se identifica por un número. Vendedor y comprador asignan a dicha cuota una responsabilidad por principal, intereses y costas, de conformidad con el acreedor hipotecario, que acepta la distribución, si bien no determinan expresamente la responsabilidad que corres-

ponde a la parte retenida. Finalmente, el comprador se subroga en el importe que grava la cuota indivisa del local.

El Registrador deniega la inscripción respecto a tal asignación y posterior subrogación, parece que por estimar que no se ha distribuido de manera completa, al no expresarse la responsabilidad del resto del local, y que no incumbe hacerla de oficio al Registrador, restando simplemente del importe total de responsabilidad la atribuida a la cuota vendida. La nota de calificación permite sospechar que quizás el Registrador hubiera aceptado la previa distribución de la hipoteca, hecha por el único dueño del local entre las diversas plazas de garaje, que hubieran pasado a formar fincas independientes, por analogía con lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario para las transmisiones.

La Dirección General confirma la nota del Registrador con otros argumentos, al entender que, al no producirse una división material de la finca gravada, sino sólo la transmisión de una cuota indivisa, no se produce el supuesto de hecho del artículo 123 de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, no cabe distribución de responsabilidad. Pero como en el supuesto de que *ab initio* —en el momento de la constitución de la hipoteca— vendedor y comprador hubieran sido copropietarios del local de garaje, la posibilidad de haber hipotecado distribuyendo la responsabilidad es palmaria a la vista del artículo 216 del Reglamento Hipotecario —y es increíble que ello haya escapado a la Dirección General— parece evidente que el fundamento de la Resolución, una de dos: o es que no cabe la distribución cuando la situación de comunidad es sobrevenida, es decir, cuando tiene lugar con posterioridad a la constitución de la hipoteca (lo que es difícil de explicar); o es que la distribución se hizo exclusivamente por el vendedor, como acto previo a la venta, y el propietario único de una finca no lo es separadamente de cuotas indivisas de la misma (que, por su propia naturaleza, exigen pluralidad de titulares), y, por ende, no puede distribuir entre participaciones todavía inexistentes

II

Hipoteca de cuotas indivisas por sus titulares

Cuando una finca pertenece en condominio a varias personas, las correspondientes cuotas pueden ser hipotecadas por sus respectivos titulares. El dueño de una tercera parte indivisa de una finca, por ejemplo, puede hipotecarla en garantía de un crédito, bien sea sola, o bien en compañía de otras fincas o participaciones de fincas, en cuyos últimos supuestos será necesario distribuir la hipoteca entre las distintas fincas y participaciones (artículos 119 de la Ley Hipotecaria y 216 del Reglamento Hipotecario).

Cabe también que el conjunto de propietarios, por iguales o distintas partes indivisas, de una finca, hipotéquen sus respectivas participaciones en garantía de una misma obligación, en cuyo caso podrán distribuir la responsabilidad (conforme al artículo 216 del Reglamento Hipotecario) o bien constituir una sola hipoteca sobre la totalidad de las participaciones, sin necesidad de distribución (conforme al artículo 217). La misma opción de distribuir o no tendrán los propietarios que reúnan varias partes, aunque no la totalidad de la finca (como en el caso de que se halle inscrita, por ejemplo, por quintas partes, a favor de otros tantos herederos, y sólo quieran hipotecar tres de ellos).

La posibilidad de hipotecar algunas o todas las cuotas pertenecientes a distintos propietarios en régimen de comunidad romana está fuera de toda duda. Es aceptada por la generalidad de la doctrina, por la Dirección General y el Tribunal Supremo, y resulta de los artículos 399 del Código Civil y 106 de la Ley Hipotecaria y de los antes comentados y algunos más del Reglamento Hipotecario.

Las dificultades procederán más bien del escaso interés que pueda manifestar el presunto acreedor hipotecario en orden a una garantía así constituida. Es bien conocida en este punto la postura del Banco Hipotecario, que en el artículo 77 de sus Estatutos de 3 de noviembre de 1928 dice que «No se admitirán hipotecas sobre propiedades que estuvieren proindiviso, a menos que consientan la hipoteca todos los condueños».

III

¿Puede el propietario de la totalidad de la finca hipotecar cuotas indivisas de la misma?

Vicente Carbonell, en sus «Comentarios a la Resolución de 5 de enero de 1998: una singular distribución de responsabilidad hipotecaria» (publicados en el número 227 de *Lunes* 4,30) da por supuesta esa capacidad, y afirma: Que el propietario único de una finca puede hipotecarla; que puede hipotecar una parte indivisa, igual que puede venderla, dejando libre la porción restante; que puede hipotecar una parte indivisa en favor de un acreedor, y otra parte indivisa en favor de otro; y que puede hipotecar en principio toda la finca y, posteriormente, de acuerdo con el acreedor, distribuir entre porciones indivisas de tal finca la responsabilidad hipotecaria.

El fundamento de esa posibilidad podría radicar en el concepto mismo de dominio: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (artículo 348 del Código Civil). Y también en el principio de que «quien puede lo más puede lo menos», pues parece natural que si el propietario de una finca puede hipotecarla por entero, pueda hipotecar una mitad; y si puede disponer de una cuota indivisa, pueda igualmente hipotecar esa misma cuota.

Tales sencillos argumentos se refuerzan con la existencia de situaciones registrales en que unas cuotas se hallan efectivamente hipotecadas y otras no, porque habiendo pertenecido a distintos titulares y llevado una vida jurídica, por así decirlo, autónoma, acaban en manos de un solo propietario. Si, en definitiva, esa posibilidad es normal y hasta frecuente en la vida registral de numerosas fincas, parece indiferente que se produzca por la reunión de todas las participaciones en un solo titular, o porque éste se haya limitado a hipotecar aisladamente determinadas cuotas.

Sin embargo, las cosas no son tan claras. Principios sobre capacidad como el citado hay que aplicarlos con gran cautela y no es exacto que «disponer» sea más que «hipotecar», sino actos distintos.

Respecto a la doctrina, que apenas se pronuncia sobre este tema, frente a la postura de Carbonell, Jorge López Navarro afirma (en su trabajo. ¿Es posible la distribución de hipoteca entre las diferentes cuotas indivisas de un garaje, que llevan consigo la adscripción de uso de una plaza determinada?, en *Lunes* 4,30, número 33, página 23) que «es... discutible la cuestión de si

siendo yo dueño de una finca, puedo hipotecar sólo la mitad o la cuarta parte indivisa de la misma, hurtando a dicha hipoteca la restante participación de mi inmueble», y se inclina por la opinión negativa, por exigencias del principio de especialidad, siguiendo la postura que ya había mantenido anteriormente Chico Ortiz.

Chico, en efecto, en su estudio «Hipoteca de una porción o cuota indivisa» (publicado en el número 488 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, páginas 80 y siguientes) se muestra resueltamente contrario a lo que llama hipoteca de «una parte indivisa indeterminada» en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, porque el principio de especialidad o determinación hace que el propietario de toda la finca no pueda hipotecar cuotas de la misma si tales cuotas no se han concretado de alguna manera. «A nuestro entender —dice Chico— las dos únicas formas registrales de esa especificación son la división material de la finca en tantas partes como se desea, o la formación de un condominio con otra persona» Si el dueño de una finca vende, por ejemplo, la mitad indivisa «queda registralmente identificada a efectos del crédito hipotecario. El incumplimiento del préstamo o crédito da lugar, en virtud de los mecanismos ejecutivos, a que salga a subasta no la totalidad de la finca, sino la mitad indivisa de ella... y el rematante adquirirá la categoría de comunero. Si la mitad indivisa inscrita y delimitada conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario es finca o parte de ella apta para el crédito, no lo es la cuarta parte, esto es, la mitad de la mitad de esa parte, que no está matemáticamente determinada en el Registro como la mitad de la que procede o en la que está integrada».

En segundo lugar, porque los artículos 119 y siguientes de la Ley Hipotecaria sobre distribución de responsabilidad presuponen partes indivisas perfectamente identificadas. También puede servir de argumento, a juicio a Chico, el artículo 241 del Reglamento Hipotecario que, al regular la figura de posposición de hipoteca, exige que la que ha de anteponerse quede plenamente determinada en su responsabilidad y duración, y la que ha de retroceder ha de estar plenamente perfilada. «Hipotecar una cuarta parte de una mitad indivisa —dice— puede envolver, a espaldas del artículo 241, una auténtica reserva de puesto, ya que el deudor hipotecario, dueño también de la otra parte, podría especular con la misma hipotecándola... El orden de fechas determinaría una preferencia, pero no debemos olvidar que cada una debe reputarse primera con relación a la cuarta parte que se hipoteca. ¿Sobre qué cuota recaería la primera y sobre qué cuota recaería la segunda?».

Finalmente, para Chico, la hipoteca de la mitad indivisa indeterminada puede vivificar en nuestro derecho la llamada «hipoteca de propietario» del derecho alemán; haría difusa la figura del tercer adquirente; en caso de abandono de finca hipotecada en los procesos de ejecución, deja sin respuesta la pregunta de cual es la parte que se abandona, y lo mismo sucedería con la administración interina de la finca, si entrara en juego tal medida, etc.

Es hora ya de subrayar algunos aspectos elementales que podrían quedar olvidados. Aunque se hable de «hipoteca» de cuota indivisa, es claro que lo mismo podría predicarse de cualquier otro gravamen o *ius in re aliena* sobre tales cuotas. Es cierto que, en algunos casos, la posibilidad de gravar cuotas aisladas queda radicalmente excluida por la naturaleza del derecho, que puede exigir contacto material con la finca, como en el caso de servidumbre o arrendamiento. y también que, por el contrario, se puede defender la posibi-

lidad de gravar cuotas indeterminadas con los derechos de usufructo o el antiguo censo enfiteútico, en cuanto que provocan situaciones que trascienden hacia la propiedad compartida. Pero tales otros supuestos de gravámenes o derechos reales no interesan aquí, en cuanto que se comenta una Resolución cuyo supuesto de hecho es precisamente la hipoteca.

Otra cuestión que quiero ya dejar clara es que no todas las argumentaciones basadas en el principio de especialidad me resultan convincentes, porque si bien es cierto que el proceloso mar de las cuotas, unas hipotecada, otras no, pertenecientes al mismo propietario, puede llevar a las situaciones de confusión y perplejidad que tan bien describe Chico, igualmente es cierto que a idénticas situaciones se puede llegar sin que el propietario de una finca hipotecada con cuotas indivisas de la misma, simplemente por la preexistencia de un condominio ya extinguido: y a nadie se le ocurriría negar la posibilidad de gravar cuotas indivisas en el sistema de comunidad romana por el peligro de que cese tal comunidad.

Esto no quiere decir que las referencias al principio de especialidad carezcan de valor, porque una cosa es que la finca perteneciente a un solo titular soporte hipotecas nacidas con anterioridad y afectantes a porciones indivisas hasta la cancelación de dichas hipotecas, y otra muy diferente que dicho titular pueda seguir hipotecando dichas participaciones.

Sin embargo, a mi juicio, la principal razón de que A, dueño de un inmueble, no pueda gravar la mitad indivisa del mismo, estriba en que nociones como mitad, cuota, porción o participación indivisa sólo tienen sentido en relación con una situación de comunidad (que no tiene que ser actual, sino que puede ser anterior o para el futuro). Así, el propietario único puede vender o donar una mitad indivisa, porque, como consecuencia de la venta o de la donación, surge una comunidad entre transmitente y adquirente: pero no podrá hipotecarla, porque por razón de la hipoteca no surge ninguna comunidad. Y cabe también que el propietario único actual tenga hipotecada una mitad indivisa de su finca, por razón de una comunidad preexistente: pero no podrá hipotecar la otra mitad.

En definitiva, lo que no es posible, como dice Albadalejo (*Comentarios al artículo 392 del Código Civil*) es que haya una comunidad de un solo partícipe, aunque «las cuotas que se reúnen por uno solo de los comuneros puedan mantener una consideración jurídica diversa en el caso de que alguna de ellas esté gravada con una hipoteca o un usufructo». Y es que, como afirma Félix Rodríguez García (*Fichero de problemas hipotecarios*, página 103) «desde el momento en que la cosa común pasa a ser de un solo titular se produce la cesación del hecho comunitario», con todas las consecuencias inherentes —puede agregarse— y, entre ellas, la posibilidad de gravar en adelante cuotas indivisas de la finca.

IV

Hipoteca de cuotas indivisas «identificadas»

Algunos de los inconvenientes de que el propietario único grave cuotas indivisas de su finca, podrían ser evitados siempre que tales cuotas fueran convenientemente identificadas, sin necesidad de llegar a la división material de la finca.

Ya se ha expuesto la opinión contraria de Chico, para quien las dos únicas formas de especificación de las cuotas eran la división material o la formación de condominio con otra persona, aunque es de suponer que tal opinión, proveniente de 1972, fuera objeto de flexibilización posterior.

Ciertos autores que mantienen en principio una actitud negativa, tienden a admitir la facultad del propietario para gravar cuotas indivisas, siempre que tales participaciones estén identificadas registralmente. Se ha propuesto la concreción en uso de partes de la finca, por analogía con los garajes (artículo 68 del Reglamento Hipotecario) o bien, un sistema de señales que permitan distinguir cada parte indivisa, a través de la numeración de las mismas, por letras o guarismos, y que eviten confusiones y problemas de prioridad registral cuando accedan negocios jurídicos o cargas impuestas sobre otras partes indivisas (Caso práctico número 1.035 de *Lunes* 4,30).

López Navarro, en su estudio antes mencionado, dice que «quizá cabría la posibilidad de separar e hipotecar esas cuotas si, aparte de ser todas iguales (cuartas, décimas, octavas, etc.) tuvieran una especie de identificación registral indeleble, así una numeración determinada (cuota octava-1, cuota octava-2, cuota octava-3, etc.) e incluso, como ocurre con las plazas de aparcamiento, una asignación de uso totalmente fijo».

A mi juicio, no es admisible una postura permisiva amplia en esta materia, ni puede estimarse identificada una cuota simplemente por asignarle un número o una letra (y mucho menos, por razón del gravamen que el propietario único constituyera sobre la misma, como se ha pretendido). Pero, por lo que se refiere a las plazas de aparcamiento —y sin olvidar que la mejor solución sería constituir sobre el local de garaje un subrégimen de propiedad horizontal—, existe un campo abierto muy aprovechable y de evidente utilidad práctica, y estoy con López Navarro cuando dice que en tales supuestos «no creo que se de la indeterminación que Chico temía, sino que .. Las cuotas son todas iguales, existe una numeración de las mismas, de suerte que en cada momento sea cual de ellas me estoy refinando y, para mayor claridad, se determina el uso especial concreto que cada cuota lleva consigo»

De hecho, la práctica registral viene admitiendo, a partir de la reforma del artículo 68 del Reglamento Hipotecario, la constitución de hipotecas sobre cuotas de garaje, hecha por el propietario del local, o la distribución de la constituida sobre todo el local entre las distintas cuotas con adscripción de plazas de aparcamiento. Aunque el artículo 68 se refiera a «transmisión» de cuota para permitir la inscripción en folio independiente, se viene aplicando el mismo sistema en muchos casos de hipotecas sobre cuotas o de distribución de hipoteca entre las mismas.

V

La jurisprudencia

La Resolución de 4 de diciembre de 1935 reconoce expresamente, en su segundo Considerando, el derecho de un condómino para hipotecar su porción indivisa inscrita; aunque no es posible admitir la hipoteca de parte fija y determinada del inmueble, cuya división se manifiesta haber practicado en documento privado, en tanto no se lleve a efecto formalmente esa división. En iguales términos, la de 24 de junio de 1936, que reconoce en su primer Con-

siderando «como indudable el derecho del condómino para hipotecar su porción indivisa inscrita». Hay otras anteriores en el mismo sentido, si bien insisten en que se fije con precisión la cuota objeto de hipoteca: Así, la de 17 de noviembre de 1928, en que, perteneciendo una finca proindiviso a dos personas, no quedaba claro en la escritura si se hipotecaba la mitad o la cuarta parte de la finca, ya que la fórmula utilizada era que «los hermanos Padilla hipotecaban sobre la mitad de la finca siguiente: Mitad de una casa...», y se suscitaba la duda de si lo hipotecado era la mitad de la mitad, es decir, la cuarta parte, o la mitad del inmueble descrito.

Digna de destacar es la de 27 de mayo de 1968, muy criticada por la mayor parte de la doctrina y que, aunque no se refiere a la hipoteca, sino al usufructo, guarda relación con el tema tratado. La Dirección declaró que cabe constituir por el titular del pleno dominio de varias fincas una hipoteca sobre el usufructo, sin incluir las demás facultades que integran el dominio, frente a calificación del Registrador de Caravaca tan fundada como la siguiente: «Denegada la inscripción... porque habiéndose constituido la referida hipoteca sobre el usufructo vitalicio de las fincas descritas en el precedente documento, cuyas fincas son propiedad de la señora hipotecante, no ha sido considerado que, siendo el usufructo, de conformidad con el artículo 467 del Código Civil, un derecho sobre bienes ajenos, no puede dicha señora constituir hipoteca sobre el mencionado derecho de usufructo de dichas fincas, como independiente o separado de las demás facultades que integran su dominio sobre las mismas». Esta Resolución, inspirada en razones de carácter histórico, atenta contra el principio de especialidad y, como dice Chico, «ha mezclado los derechos reales que pueden constituirse sobre la cosa con las facultades que constituyen el derecho en la forma tradicional romana». Por otra parte, trata de un tema distinto a la cuestión de si el propietario único de una finca puede transmitir el usufructo de una parte indivisa de la misma, a que se aludía muy de pasada en el anterior apartado III, y que sólo podría contestarse afirmativamente sobre la base de considerar al usufructo como verdadera *pars domini*.

La Resolución de 8 de mayo de 1995 tiene el interés de ser, junto con las de 26, 29 y 30 de abril de 1996, las únicas que aparecen en los Vistos de la Resolución de 5 de enero de 1998.

La de 8 de mayo de 1995 se refiere a un supuesto de denegación de anotación de demanda respecto a tres plazas de garaje determinadas por su superficie y número, por hallarse inscritas a nombre de persona distinta del demandado, y de suspensión de otras por no constar en el Registro con la misma numeración. El local garaje había sido «dividido» en cuotas o participaciones diferentes, cada una de las cuales daba derecho a ocupar una plaza, y en el momento de presentarse el mandamiento ordenando la anotación, quedaban inscritas once cuotas indivisas a favor del demandado. La Dirección revoca la nota del Registrador por entender que lo que ostenta el demandado es una cuota indivisa suficiente para abarcar las cuotas reclamadas, sin que el hecho de que les haya asignado un número una porción abstracta de la superficie del total local, dote a las cuotas de sustantividad jurídica que permita diferenciarlas entre sí.

Las de 26, 29 y 30 de abril de 1996 parten de supuestos similares a las de 8 de mayo de 1995, si bien ahora la calificación del Registrador recae sobre escrituras de compraventa de participación indivisa, y la Dirección General insiste en el mismo argumento de que la fijación de determinadas cuotas no

da lugar a que éstas puedan ser calificadas como fincas independientes, por lo que procede la inscripción, al haber cuota y superficie suficientes a nombre del vendedor.

Del rápido repaso hecho, podemos extraer algunas consecuencias: La Dirección Genral reconoce al condómino el derecho de hipotecar su porción indivisa; cuida con esmero que se aplique el principio de especialidad; y se niega a reconocer que las cuotas indivisas con adscripción de plaza de garaje gocen de sustantividad jurídica que permita diferenciarlas entre sí. Este último punto lo corrobora la Resolución de 5 de enero de 1998, que no acepta por tanto la posibilidad de hipotecar lo que en el apartado IV se han llamado cuotas indivisas «identificadas» ni la distribución de las hipotecas que grava la totalidad del local de garaje entre las mismas por el propietario.

A mi juicio, la actitud de la Dirección General es prudente y debe serlo; pero cuando las cuotas de fincas destinadas a garaje reúnan todas las condiciones del artículo 53, b) de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario de 4 de julio de 1997, creo que puede y debe cambiar de criterio. Es de esperar que así ocurra en el futuro: Máxime cuando, no se olvide se viene admitiendo con frecuencia en la práctica registral

VI

Conclusiones

Primera.—En las situaciones de condominio, cualquier condómino está capacitado para transmitir e hipotecar sus respectivas cuotas. El propietario único de una finca, en cambio, podrá transmitir cuotas indivisas de la misma (en cuanto que la transmisión originaría una comunidad ordinaria) pero no está facultado para hipotecar tales cuotas.

Segunda.—Una excepción a la conclusión anterior podrían constituir la cuotas indivisas «identificadas», como puede serlo las de garaje con adscripción de plazas de aparcamiento, en que el propietario único podría, sin mengua del principio de especialidad, hipotecarlas aisladamente o distribuir entre ellas la hipoteca constituida sobre el local en su conjunto.

Tercera.—Sin embargo, la Dirección General no admite hasta ahora esa posibilidad, quizá porque en los casos planteados las cuotas no se hallaban suficientemente identificadas. En el futuro, tratándose de cuotas determinadas con todas las circunstancias del artículo 53,b) del Complemento al Reglamento Hipotecario, es de esperar un cambio en la doctrina del Centro Directivo, que coincidiría, por otra parte, con una frecuente práctica registral.

Cuarta.—La Resolución de 5 de enero de 1998 es especialmente rigurosa: Ciertamente, que la asignación de una responsabilidad a la cuota vendida hecha por el vendedor hipotecante, debió ser sustituida por la distribución, entre vendedor y comprador, del total de responsabilidad hipotecaria entre las dos cuotas indivisas originadas por la venta; pero, al existir un solo documento y conformidad de comprador y acreedor hipotecario, el único defecto observable es la no determinación de la responsabilidad que afecta a la cuota del vendedor, determinación que el Registrador no tiene por qué hacer de oficio.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL MORATILLA GALÁN
e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*RESULTA IMPROCEDENTE LA ACCION DE REPETICION DE DEUDAS
CARGAS SUBSISTENTES AL TENERSE EN CUENTA LA ADJUDICACION.
(SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1997).*

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia en Sentencia de 11-7-91 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) en Sentencia de 18-5-93 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio —Inmueble sometido a subasta. En el pleito se plantea la cuestión jurídica relativa a si el adjudicatario de los bienes subastados ha satisfecho las cargas o gravámenes anteriores a que dio lugar dicho procedimiento de ejecución y puede repetir lo pagado por ese concepto contra el deudor ejecutado en base a lo dispuesto en el artículo 1.158 del Código Civil.

Doctrina de la Sentencia —La Sala *a quo* mantiene que el sistema imperativamente vigente es el de la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del acreedor. En el caso enjuiciado los demandantes adjudicatarios de la finca subastada conocían que estaba gravada con cargas anteriores, no obstante lo cual, se subrogaron en las mismas, y el valor de los gravámenes se tuvo en cuenta a la hora de minorar el precio. Y es que en el caso de la adjudicación de bienes el adjudicatario, conocedor de las cargas anteriores y preferentes deberá subrogarse en las mismas, que es tanto como decir que asumirá la responsabilidad de su completa satisfacción previa computación de su relevante económico con el debido efecto compensado en la adjudicación, y sin que se dé recibo a estos efectos la insinuada distinción que se trata de introducir entre *cargas y deudas*, lo cierto es, que acreditado, que por parte del ejecutante se satisfizo el importe de las deudas en cantidad incluso superior a la reclamación que hoy presentan los actores cesionarios del remate y sobre todo, que dicho importe se tomó en cuenta para reducir

o minorar el precio de tasación inicialmente fijado, es evidente pues, que no es posible viabilizar la presente acción de repetición contra el deudor ejecutado.

COMPRAVENTA DE GANADOS Y ANIMALES. INAPLICACION DEL ARTICULO 1.494.1 DEL CODIGO CIVIL CUANDO NO QUEDA DEMOSTRADA LA ENFERMEDAD CONTAGIOSA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1977).

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid en Sentencia de 10-7-91 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) en Sentencia de 5-4-95 desestima el recurso de apelación interpuesto.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Como ya hemos hecho al comenzar el título que antecede, el artículo 1.494.1 del Código Civil viene disponiendo que «no serán objeto de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas» y «cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo», estableciendo la jurisprudencia de la Sala que tal nulidad es radical y actúa *ipso iure* por tratarse de negocio con objeto ilícito en concreta aplicación de la regla general contenida en el artículo 1.271, y contrariar, además, la disposición imperativa y prohibitiva del referido artículo 1.494.

Pero, nuestro hecho normativo viene constituido por la existencia de una compraventa de animales afectados de enfermedad contagiosa, mas como el hecho histórico o de la vida real establecido por las conformes sentencias de instancia después de un minucioso y detenido examen de la prueba es que no se ha acreditado fehacientemente que los animales padeciesen enfermedad contagiosa alguna en el momento de ser entregados a la parte actora para su traslado, es llano que los hechos históricos no pueden subsumirse en el normativo, no cabe aplicar en nuestro caso concreto el precepto reseñado.

Paralelamente a lo que decimos, hemos de añadir que es doctrina de la Sala el que, aunque la tendencia jurisprudencial es cada vez más contraria a cuanto pueda significar rigorismo formalista, como obstáculo al conocimiento de la cuestión de fondo, no quiere decir que pueda prescindirse de aquellas formas o requisitos consustanciales al recurso de casación, pues hay que razonar sobre la pertenencia y fundamentación de los motivos para no infringir lo dispuesto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

TERCERIA DE DOMINIO. VALOR DE LA APROBACION JUDICIAL DEL REMATE. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Bilbao en Sentencia de 9-6-92, estima la demanda de tercera de dominio interpuesta. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4.ª) en Sentencia de 19-2-93 desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso se interpone en esencia porque la parte considera que el tercerista carece de derecho de dominio, que es el presupuesto esencial de su acción, y al entender lo contrario el Tribunal sentenciador infringió las normas que regulan la eficacia jurídica de los actos traslativos del dominio del acto judicial de aprobación provisional del remate

y del auto de aprobación del mismo y de adjudicación. En orden a esto, la parte recurrente procede que se determine la eficacia jurídica a efectos traslativos del dominio de los actos judiciales de aprobación del remate o aprobación provisional, y deja sentado que en modo alguno confunde la eficacia de la inscripción registral de dominio, que sabe es declarativa y otorga publicidad *erga omnes* al derecho, y no constitutiva del mismo, pero insiste que su oposición procesal se basa en considerar que el auto de aprobación definitiva del remate (auto de adjudicación) no sólo sirve de título a la inscripción registral del derecho, sino que también constituye un acto esencial para la adquisición del dominio.

El problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por la Sala en sentencias que especifican el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical, aún antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción. Incluso en ocasiones, la Sala considera suficiente para justificar su título dominical el acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial sumario, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral para lo que la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria exige el consiguiente auto judicial indispensable para llevar a cabo dicha inscripción pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta el sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles y cuyo retraso en la expedición no puede perjudicar al interesado.

EXISTE «REFORMATIO IN PEIUS» SI LA SENTENCIA RECURRIDA ELEVA EL TOPE POR ENCIMA DEL CUAL LOS DEMANDADOS NO ESTABAN OBLIGADOS A SUFRAGAR LAS OBRAS DE REPARACION DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de León en Sentencia de 18-9-91 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª) en Sentencia de 15-3-93 estima parcialmente el recurso de apelación y desestima la adhesión a la misma.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro comentario alude a que en las fundamentaciones se acusa básicamente a la sentencia recurrida de haber efectuado una *reformatio in peius*, que claramente perjudica a los recurrentes, analizando los fallos de instancia para fundamentar que ha existido tal *reformatio*.

LA INTERMEDIACION. MANDATO EXPRESO. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alicante en Sentencia de 21-11-91 estima el suplico de la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª) en Sentencia de 7-6-93 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se desprende a lo largo del proceso la voluntad propia de las demandadas (propietarias del inmueble) en contrato autorizan a aquél en/para las gestiones oportunas de venta de dicha propiedad. Además, las normas aplicables al caso son las del mandato expreso, cuya única fina-

lidad es la venta del inmueble litigioso, se autoriza a vender dicho inmueble litigioso.

La ejecución del mandato expreso contenido en el documento suscrito por los demandados contiene instrucciones de venta imperativas y también facultativas en cuanto autoriza a vender el inmueble, lo que conlleva un margen de obrar. De todo lo actuado se deduce la existencia de un contrato de compraventa, pero estamos ante una venta de cosa ajena, en la que nuestro Código no exige que el vendedor sea propietario.

Se ha de mantener la correcta calificación que la Sala ha efectuado del contenido de una supuesta autorización entre codemandadas y el codemandado en la idea de que no se contenía en las mismas un mandato expreso para vender, sino una especie de contrato de agencia mobiliaria al uso (función pregestatoria) para que se procediera por parte de dicha persona autorizada a verificar los trámites correspondientes para proceder a la venta del referido inmueble. Tampoco existió en ningún momento por parte de las vendedoras contenido realizado por persona autorizada del efectuado en el acto realizado por la persona autorizada. Las funciones del intermediario se vieron rebasadas, gestiones correspondientes para proceder a la venta de dicho inmueble, dicho intermediario no sólo se excedió, sino que sus funciones se desnaturalizaron. Y, además hay que ratificar lo decidido por la Sala sentenciadora en cuanto no es posible aplicar el concepto de arras o señal a la suma entregada por el actor y en su consiguiente exigencia de doblarlas o duplicarlas cuando se desiste del negocio, ya que ello es únicamente aplicable cuando se trate de un contrato de compraventa, y aquí se trata de una especie de contrato de intermediación o de comisión, para lo que cabe juicio calificador de la Sala *a quo* sobre todo teniendo en cuenta que debe prevalecer el tema de la calificación del contrato. La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico.

EL ACCIDENTE PARA QUE QUEDE CUBIERTO POR EL SEGURO DEBE REUNIR LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 100 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada en Sentencia de 12-12-91 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a) en Sentencia de 21-6-93 desestima el recurso de apelación interpuesto. No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Persona que contrata una póliza de seguro de accidentes corporales con fecha 20-2-90, falleciendo con motivo de un infarto de miocardio el 28-6-90, dicho infarto le sobreviene cuando se encuentra en su lugar de trabajo y se le requiere para ayudar al movimiento de un vehículo de la exposición de la empresa, iniciando un esfuerzo para empujarlo físicamente como el habitual en el ramo, dado que los vehículos en exposición son desplazados en distancia de varios metros, sin necesidad de arrancarlos para conseguir su autopropulsión.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad, el hecho de la reclamación es la *concurrency o no de una causa externa o de una causa violenta súbita.*

La recurrente pretende una nueva valoración de la prueba practicada favorable a su posición de que en el infarto concurrieron aquellas circunstancias, pero al mismo tiempo se dice que no se ha probado el hecho obstativo, y por ello la sentencia recurrida sienta la presunción de que son los posibles antecedentes de la enfermedad los que causaron el fatal desenlace. Como se ve claramente, el artículo 1.214 del Código Civil no se ha infringido en absoluto porque la Audiencia no da lugar a la reclamación de la actora al no haber probado lo que era carga de la parte demandada, único supuesto en que puede invocarse la infracción del citado precepto, sino que ha valorado las pruebas obrantes en autos deduciendo de ellas que no concurre la causa externa o violencia súbita en la producción del infarto y ello no guarda ninguna relación con el *onus probandi*. Además, es gratuito afirmar que aquellas circunstancias son impeditivas, pues precisamente por su propia naturaleza son constitutivas de la pretensión de cobro del seguro de accidentes y su prueba corresponde al actor. Paralelamente la doctrina de la sentencia recurrida dispone que no puede ser calificada como causa violenta súbita la actividad que desarrollaba el fallecido en el momento en que sufrió el infarto, pues no puede equipararse a aquel concepto cualquier actividad física cuando es la habitual y ordinaria, está en abierta contradicción con la doctrina mantenida por la propia Audiencia sentenciadora. También se dice que la jurisprudencia de la Sala ha reconocido el concepto de accidente originado en curso de las actividades habituales y ordinarias, pero esto no es viable, pues el principio constitucional de igualdad no puede declararse infringido al no proporcionar a esta Sala testimonio literal de la sentencia de la Audiencia y, por tanto, no es posible comparar ni el caso litigioso con el que aquélla juzgó ni los fundamentos jurídicos de ambas sentencias. También se desestima porque en este pleito el fallecido sufrió el infarto cuando desplazaba un vehículo en una exposición de un lugar a otro, operación que se realizaba habitualmente y que no requería gran esfuerzo físico.

La interpretación de las dudas en un contrato de seguro se hacen a favor del asegurado: que el clausulado de la póliza de seguro no excluía de su cobertura el infarto de miocardio, por lo que se ha de entender incluido en el concepto de accidente. La regla de la interpretación más favorable para el asegurado no elimina las cláusulas de las condiciones generales de la póliza, donde se define cuál es el riesgo cubierto en el seguro de accidentes, y aquí ha de entenderse por accidente (artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro). Aquella regla interpretativa entra en juego para resolver casos dudosos, pero esa duda no concurre en el caso en el que nos encontramos, pues fuera de lo que la recurrente estima favorable a sus intereses, no aparece en el infarto de miocardio ninguno de los rasgos que configuran el accidente indemnizable por la aseguradora, no existe causa violenta súbita, externa, hasta el punto de que todo el esfuerzo del recurso reside en equiparar un trabajo habitual que no requiere un gran esfuerzo físico a aquella causa, lo que no puede prosperar porque la doctrina sentada por la Sala es la de que el infarto para que se considere accidente ha de obedecer a una causa externa.

CONTRATO DE OPCION DE COMPRA Y DERECHO PREFERENTE DE ADQUISICION. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santa Cruz de Tenerife en Sentencia de 28-6-90 estima parcialmente la demanda interpuesta. La Audien-

cia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) en Sentencia de 10-12-92 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se analiza en este supuesto la posible vulneración a los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, contenedores de distintas reglas de interpretación contractual para supuestos diferentes, tal es así que obligan a especificar cuál de esas reglas se entiende vulnerada al objeto de evitar confusión en defensa de la contraparte y en el análisis a que ha de proceder la Sala de casación, y es que la investigación de la intención de las partes contratantes prevista en el artículo 1.282 del Código Civil sólo cabe cuando, conforme al artículo 1.281 del mismo cuerpo legal, las palabras usadas en el contrato pareciesen contrarias a aquella intención, porque la finalidad de este artículo radica en evitar que se tergiversen lo que aparece claro o que se omita, sin aclarar, lo que se ofrece oscuro, siendo factor decisivo de interpretación en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes.

La interpretación de los contratos, según reiterada jurisprudencia de la Sala, es facultad privativa de los Tribunales de instancia, debiendo prevalecer su criterio a menos que careciera de lógica y razonabilidad, y la razonabilidad resulta patente en nuestro caso, ya que «estar dispuesto a ejercitar la opción de compra» no significa exactamente ejercitarla en el momento, por eso al encontrarse con la negativa de la otra parte, la actuación del recurrente tuvo que haber sido la de asegurarse el ejercicio de la opción mediante la determinación clara de su voluntad, reforzada a ser posible con la consignación judicial del precio, acto que no es, de suyo necesario, pero que dadas las circunstancias hubiera sido conveniente.

RECLAMACION DE CANTIDAD POR DAÑOS A CONSECUENCIA DE LA PARALIZACION DE LA OBRA EN UN INTERDICTO DE OBRA NUEVA. LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO Y LOS ARTICULOS 7.2 Y 1.902 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Móstoles en Sentencia de 10-2-92 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19) en Sentencia de 17-5-93 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La entidad mercantil «Promotora del Centro Comercial Monteclaro, S.A.» (Procecomsa), promueve juicio declarativo de mayor cuantía contra la Comunidad de Propietarios Monteclaro, su Presidente y miembros del Comité Directivo, como consecuencia de los daños y perjuicios originados al haberse interpuesto de contrario un procedimiento interdictal de obra nueva y en el que se procedió a paralizar las obras que estaba ejecutando en el referido Centro Comercial.

Doctrina de la Sentencia.—Se denuncia la infracción por inaplicación de la doctrina legal sobre el abuso de derecho en los casos de interdictos de obra nueva fundados en razones urbanísticas, asimismo, del artículo 7.2 del Código Civil, y por inaplicación también del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 1.106 del mismo texto legal que se interpretan erróneamente. La Audiencia ahora desconoce que la sentencia desestimatoria del interdicto era firme al resolverse la apelación y en que al exigir un requisito

que no resulta de precepto o doctrina legal alguna, ha incurrido en inaplicación indebida de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la procedencia de la indemnización por abuso de derecho, y tal inaplicación supondría, lógicamente, la del artículo 7.2 del Código Civil, que recoge el abuso de derecho, puesto que se exigió un requisito no previsto en el precepto: la firmeza de la sentencia interdictal al promoverse la demanda de daños, y la invocación del artículo 1.902 como fundamento de las pretensiones indemnizatorias en el caso de acciones interdictales infundadas, en relación con el artículo 1.106, al ser patente que el interdicto produjo daños y perjuicios resultantes de las pruebas practicadas.

Visto esto, hemos de añadir que el ejercicio por vía judicial de cualquier derecho es incompatible con la noción del abuso de derecho, ya que éste, como se proclama en el artículo 7.2 (al que ya hemos aludido), precisa que dicho ejercicio, atendiendo a la intención de su autor, al objeto o a las circunstancias de su realización sobrepase manifiestamente los límites normales del «ejercicio de un derecho», y así se precisa para dar lugar a los daños indemnizables, aparte de la realidad de los mismos, que la acción interdictal «resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda», criterio que se mantiene cuando en ocasiones se asocia la concurrencia de abuso de derecho a las circunstancias en que se promovió y mantuvo la acción interdictal al revelar una conducta que sobrepasa amplia y manifiestamente los límites normales del ejercicio de dicha acción. Y es que la evidencia de estarse en presencia de una acción interdictal «clara o manifiestamente infundada» ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal y en éste, nuestro caso, como bien se observa y razona en la sentencia recurrida y en la dictada en primera instancia, no es posible al no haber recaído resolución definitiva, lo cual, tenía que haber acaecido al tiempo de plantearse la presente reclamación y la estimación por el Juzgado de instancia de las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de legitimación activa de la parte promotora del interdicto es insuficiente, de por sí, en orden a considerar que la acción interdictal se caracterizaba por una absoluta falta de fundamento. Y hemos de concluir diciendo que estamos ante la imposibilidad de calificar cuán manifiestamente carente de razón a la acción interdictal ejercitada en su día, ni que ésta representara, en principio, el ejercicio abusivo de un derecho por traspasar los límites normales de defensa del mismo, con lo cual, no cabe estimar infracción del artículo 7.2 del Código Civil. Al propio tiempo, consecuencia ineludible de la inexistencia del abuso de derecho es, a su vez, la imposibilidad de calificar el ejercicio de la acción interdictal como demostración de una conducta culpable o negligente, con lo que carece de base la denunciada infracción acerca del artículo 1.902 del Código Civil, cuya falta de concurrencia lleva aparejada la ausencia de infracción respecto del artículo 1.106 del mismo texto legal.

UN SUPUESTO MANDATO POSTERIOR NO DOBLEGA LA EFICACIA DE LA PRECEDENTE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1977).

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Oviedo en Sentencia de 15-7-92 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª) en Sentencia de 2-6-93 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—Compraventa de inmueble litigioso en la que se dispone la cancelación por su inadecuación de una falta de correspondencia y contradicción con la realidad jurídica extrarregistral.

Doctrina de la Sentencia.—La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho por invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida.

RESOLUCION DE CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA. SU CAUSA (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cádiz en Sentencia de 5-11-92 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Cáceres en Sentencia de 8-5-93 estima parcialmente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto de litigio.—Reclamación de cantidad por obras ejecutadas a favor de una Junta de Compensación, decretándose la resolución del contrato de ejecución de obra si se producía la interrupción de las obras durante un determinado lapso de tiempo por causas imputables a la citada Junta o paralización por organismos oficiales.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad, conforme a la más moderna doctrina jurisprudencial para la resolución de los contratos, no se precisa una actitud dolosa del incumplidor, bastando que se frustre el fin del negocio, así como la atribución a la parte incumplidora de conducta voluntaria y obstativa a la ejecución del contrato. Y es que ejercitada y practicada, como aquí sucede, la resolución por quien cumplió sus compromisos obligacionales, habido en cuenta el carácter sinalagmático e interdependiente de los recíprocos pactados, la sentencia recurrida sancionó su validez y no acogió la alegación hecha en vía reconvenicional por la Junta recurrente, toda vez que se hace supuesto de la cuestión con aportaciones propias e interesadas de las pruebas y sobre todo el haber quedado justificado el retraso de las obras que se imputa a la actora y aparecer la recurrente como la única provocadora y responsable de la demora que se denuncia.

Paralelamente a lo antedicho, hemos de añadir que es doctrina jurisprudencial reiterada y suficientemente conocida la que proclama que el artículo 1.214 de Código Civil no contiene norma alguna sobre la valoración de la prueba y que sólo es invocable en casación cuando ante la falta de prueba de un hecho la Sala *a quo* prescinde de la regla distributiva del *onus probandi* que el precepto contiene, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba y a quien la carga probatoria no le viene impuesta, y cuando existe actividad probatoria constatada no importa quien la haya traído al pleito desde el momento que se suministran a los juzgadores instrumentos aptos para emitir pronunciamientos decisorios, supuesto que no se da en la presente cuestión, ya que la sentencia en recurso demostró que se hubieron de acometer necesarios trabajos topográficos para la realización de

obras urbanizadoras contratadas y ante la disparidad en su coste que mantuvieron las partes litigantes, decretó su fijación definitiva en ejecución de sentencia

RESOLUCION DE CONTRATO POR INHABILIDAD DE LA CASA VENDIDA PARA EL FIN A QUE IBA DESTINADA. EL ABUSO DE DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION RESOLUTORIA POR RETRASO DESLEAL.
(SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Bilbao en Sentencia de 1-9-92 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 1.^a) en Sentencia de 22-2-93 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se declaran resueltos los contratos de compraventa celebrados entre los demandantes sociedades sobre dos fotocopiadoras KIS modelo Color Teu, con motivo e anómalo funcionamiento de las mismas.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de la Sala la que mantiene que se está en el caso de entrega de una cosa distinta (*aliud pro alio*) cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto con la consiguiente insatisfacción del comprador, al ser inadecuado el objeto para el fin a que se le destina. Y es que en el caso, los defectos proyectivos apreciados así como la inidoneidad de los materiales utilizados en determinadas piezas de las fotocopiadoras sometidas a la acción corrosiva y deformante de los líquidos utilizados en el proceso de reproducción, hacían las máquinas vendidas inhábiles para cumplir adecuadamente la finalidad a que iban destinadas en los establecimientos de las sociedades demandantes y que era conocida por la vendedora, sin que sea exigible al comprador tener que acudir reiteradamente a reparaciones y sustituciones de piezas esenciales para conseguir su funcionamiento.

Además, en el proceso se considera abusiva la conducta de los actores al ejercitar la acción resolutoria cuatro años después de la celebración de los contratos de compraventa, lo que constituye un «retraso desleal» en su ejercicio. El abuso de derecho ha sido configurado por la doctrina de la Sala señalando como requisitos generales a) el abuso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño manifestada de forma subjetiva —intención de perjudicar—, o bajo forma objetiva —anormalidad en el ejercicio abusivo del derecho—. Sigue la jurisprudencia aclarando que el ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar, sin que resulte provechoso para quien lo ejercita, o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y al tratarse de un remedio extraordinario sólo puede acudirse a su doctrina en casos patentes. Reconocido por la jurisprudencia de la Sala que infringe el principio de la buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo —retraso desleal— vulnerando tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal, las normas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan el ejercicio del derecho con la posibilidad de impugnarlo por antijurídico, sin embargo, en el caso de autos nos encontramos ante un supuesto en el que la acción resolutoria ejercitada tiende no a conseguir la ineficacia de los contratos sino a poner fin a la relación jurídica nacida de ellos, se fundaba en la inhabilidad de las máquinas vendidas por lo

que, en tanto no se constate esa inhabilidad no podría haberse ejercitado la acción y esa constatación no pudo producirse sino a partir del momento en que la máquina sobre la que el perito realizó su informe fue objeto de modificación, por otra parte no se aprecia que tal ejercicio del derecho de resolución se haya realizado con patente intención de dañar al vendedor sin provecho alguno para los compradores.

CONTRATO DE SEGURO. CONDICIONES: GENERALES Y PARTICULARES.
(SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de A Coruña en Sentencia de 7-3-91 estima la demanda. La Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) en Sentencia de 24-3-93 confirma la dictada en Primera Instancia.

No prospera el recurso de casación.

Hechos —Sinistro que acaece por la caída de agua en un local con motivo de la rotura de tuberías de desagüe general del inmueble que considera forma parte de elementos comunes y a cubrir por la póliza suscrita por la Comunidad de Propietarios.

Doctrina de la Sentencia.—Comenzamos nuestro comentario haciendo alusión al importante contenido de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, pues las mismas han de cumplir un doble requisito cual es el de estar destacadas de modo especial y ser específicamente aceptadas por escrito, y sucediendo que en uno de los apartados de las Condiciones Generales de la Póliza existe una cláusula limitativa de la cobertura al decir que la indemnización de los daños causados accidentalmente a terceros por el agua quedan limitados hasta un 10 por 100 del capital asegurado para el riesgo de Responsabilidad Civil, de manera que entendiéndose que la acción del tercero tiene su límite en el contenido del propio contrato, mantiene la recurrente que al ser la condición limitativa que comentamos de carácter general, y contenida dentro del contexto del contrato de seguro suscrito, no puede hablarse de ella como cláusula limitativa del derecho del asegurado, ya que éste nunca ha tenido ningún derecho que exceda de los límites fijados en póliza. La Sala mantiene que no es admisible la cita del artículo 1 281 del Código Civil sin especificar cuál de sus dos párrafos es el que se considera conculcado, pues dado el criterio interpretativo que en cada uno de ellos sienta, está lo suficientemente claro que no pueden ser infringidos ambos en el mismo sentido, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego ni su párrafo segundo ni las reglas de los artículos siguientes, que funcionan con carácter subsidiario respecto a la interpretación literal de su párrafo primero; por lo contrario, en los llamados contratos de adhesión, entre los que destaca el de seguro, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo tiene establecido que las dudas que puedan surgir sobre la significación de sus cláusulas deberán ser interpretadas, de acuerdo con el sentido más favorable para el asegurado, pues redactadas las cláusulas por uno de los contratantes, su oscuridad no puede favorecer al que la ocasionó sino al causante de la indemnización o ambigüedad, y es el último criterio el que mantiene la Audiencia porque, sin desconocer la limitación de cobertura establecida en las condiciones generales y a la que hemos hecho alusión al comienzo de nuestro comentario, señala que la misma no se destaca de modo

especial ni aparece específicamente aceptada por escrito. Así, al decir que tiene declarada la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la discrecionalidad razonada corresponde ser apreciada por el Tribunal *a quo*, no siendo susceptible de revisión casacional pues, la sentencia recurrida concede una suma que sólo es inferior en poco más de un 2 por 100 a la reclamada; ninguna de las partes demandadas propuso prueba para acreditar que lo reclamado era excesivo, lo cual no es correcto, pues hay que afirmar que por la oposición de la recurrente se redujo la cuantía; la diferencia entre el dictamen pericial presentado con la demanda y el emitido dentro del proceso no estriba en que aquél diese por dañado algo que no lo estaba, pues en los desperfectos causados por el agua existe una plena coincidencia; en la condena no sólo se atiende a la sanción de una conducta procesal sino a satisfacer el principio de tutela judicial efectiva, que exige que los derechos no se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento, éstas son las razones que el Tribunal *a quo* dio, en consecuencia para estimar temeridad en el actuar de las demandadas y a ello sólo puede añadirse que la diligencia del actor mitigó el daño y resultaría injusto que su conducta le perjudicase, además estableció que el hecho acreditado es que el recurrente obligó al recurrido a interponer una demanda para ejercitar su derecho

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRA-VENTA POR INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE PLAZOS PENDIENTES. EX. ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Palma de Mallorca en sentencia de 23-1-92 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3 ª) en Sentencia de 10-6-93 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Resolución de contrato de compraventa suscrito entre las partes como consecuencia de un incumplimiento de la obligación de pago inherente al comprador.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente litigio que vamos a analizar concurren las siguientes circunstancias: se trata de una compraventa contractual, es decir, se basa en documento privado y en la que el vendedor seguirá ostentando la titularidad registral; la elevación a público del contrato de compra se aplazó hasta que el comprador hubiese percibido una cantidad de dinero pactada por las partes; el comprador a la firma del contrato tiene solvencia y se compromete a abonarlo; el comprador no podía constituir hipoteca sobre el inmueble y así lo comunica al vendedor por vía notarial; no se prueba la titularidad registral de la vivienda y el comprador trata de obtener créditos hipotecarios pues su voluntad es la de cumplir, pero todo resulta en vano. Vistas éstas circunstancias que acabamos de exponer queda patentada que la conducta del comprador manifiesta el deseo y voluntad de cumplimiento y que es la situación que le sobreviene la que se lo impide. Así, acreditados los requisitos del artículo 1.504 del Código Civil para que por parte del vendedor se inste la resolución del contrato de compraventa, habida cuenta el requerimiento notarial existente al respecto, y la estipulación del pacto comisorio y el incumplimiento de la recurrente compradora del precio aplazado, son inoperantes las circunstancias que hemos mencionado para justificar el impago del vendedor. Por la jurisprudencia actual no se precisa que la voluntad obstativa al cumplimiento sea indicati-

va de una contumacia y rebeldía por parte del comprador en torno al cumplimiento sino que es suficiente se produzca ese incumplimiento si con ello se frustra el fin normal del contrato, como es por parte del vendedor, percibir íntegramente el precio de la compraventa.

VICIOS EN LA CONSTRUCCION. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.
(SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de León en Sentencia de 16-3-93 estima la demanda. la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª) en Sentencia de 27-5-93 desestima los recursos de apelación

Triunfa el recurso de casación

Hechos.—Demanda entablada contra la entidad mercantil «Delatorre, S. L.», en reclamación indemnizatoria por defectos en la construcción de unos chalets adquiridos por los actores.

Doctrina de la Sentencia.—La norma expresada como vulnerada en el presente litigio parte del principio de que la responsabilidad por ruina se atribuye a quien la haya originado, pero acreditado ese estado, puede entablar la acción contra cualquiera de los partícipes en el proceso de promoción y edificación o contra todos ellos. Por eso, procede relacionar el artículo 1.591 con el 1.144, ambos preceptos del Código Civil, y es que con mención a la solidaridad pasiva, se establece la facultad del acreedor para dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin que las reclamaciones entabladas contra uno sean obstáculo para que posteriormente se dirijan contra las demás, con exclusión, por lo tanto, de la repulsa procesal con base en la situación de litisconsorcio pasivo necesario, habida cuenta de que la Jurisprudencia de la Sala viene aplicando el artículo 1.144 indicado al supuesto del artículo 1.591, que expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y del arquitecto por la ruina de un edificio, según las causas que lo originen, por lo demás, la doctrina jurisprudencial relativa a que el Tribunal de apelación, en principio, es soberano en la apreciación de la prueba, salvo que ésta resulte ilógica o contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, supone el ser supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, y que sostienen la comentada precisión de la sentencia de instancia sobre la solidaridad.

Así, desde la perspectiva del Código Civil, parece evidente que el litisconsorcio pasivo necesario no se produce en circunstancias como las de este litigio y es opinión doctrinal generalizada que la no concurrencia obligatoria de todos los deudores solidarios al mismo debate tampoco transgrede el artículo 24 de la Constitución Española, salvo que se dispusiera la absoluta sujeción a lo decidido en el proceso seguido sin audiencia o se estableciera la posibilidad de ejecución de la resolución también sin audiencia, en los bienes de quien no ha sido parte.

ADMISION DE EXCEPCION. MOMENTO EN EL QUE SE LLEVA A CABO.
(SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao en Sentencia de 28-1-91 desestima el recurso planteado. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 2.ª) en Sentencia de 29-6-92 estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Es posible la admisión en ejecución de una excepción de fondo no planteada en su momento en el proceso y hecha en contradicción con lo ejecutoriado.

ACCION DIRECTA DEL PERJUDICADO. TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS.
(SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1997).

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia en Sentencia de 9-7-91 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) en Sentencia de 10-5-93 estima parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—La parte actora pretende en las dos acciones que ejercita contra su inquilino y contra la Aseguradora de éste, se les indemnice por los daños ocasionados en la nave de su propiedad alquilada a la primera demandada, con la cobertura de la segunda, y con motivo del incendio en el mismo sufrido. De ahí que sean dos las cuestiones que se han de resolver: una relativa a la clase de acción que se ejercita y la otra la responsabilidad de la actora frente al actor.

Doctrina de la Sentencia.—Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones que se plantean, la acción que se ejercita se basa en el artículo 1.101 del Código Civil, no vincula y puede perfectamente incluirse en la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 y por lo que respecta a la segunda, acerca de la responsabilidad de la aseguradora frente al actor, resulta acreditado en autos que tanto la acción producida (el incendio) como los daños sobrevenidos en la nave del actor como el nexo causal entre ambos depende del éxito de la acción ejercitada (artículos 1.902 y 1.214 del Código Civil). En el proceso, en realidad, se están ejercitando dos acciones acumuladas, una contra la Entidad arrendataria responsable de la conservación de la cosa arrendada, y otra contra la Compañía Aseguradora, derivada del contrato de seguro concertado. Se alude también al sentido de la acción directa ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, y en el que se analizan las doctrinas interpretadoras que existen al respecto sobre la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, que hace referirse a las excepciones personales que el primero albergue contra el segundo y no aquellas eminentemente objetivas emanadas de la ley, como ocurre en nuestro caso. Pero en nuestro litigio no cabe tutelar la conducta —contradictoria con los actos propios— de la recurrente que alega la nulidad de la póliza en cuestión por inhabilitación del representante de la aseguradora, a resultas de la quiebra de la sociedad cuando al suscribir la misma ya conocía o debía conocer esa inaptitud.

Paralelamente a lo acabado de exponer, la alusión a la *doctrina de los actos propios* significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, pues la fuerza vinculante del acto propio estriba en ser ésta expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. Es reiterada la doctrina de esta Sala relativa a que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye *un límite del*

ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad como consecuencia del principio de buena fe, y, particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de *crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer* sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

I. M. G

PENETRAR EN EL «SUBSTRATUM» DE LA PERSONA JURIDICA NO IMPLICA NEGAR LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998).

No cabe alegar tercería de dominio por aplicación al supuesto contemplado de la doctrina jurisprudencial que, en determinados casos, permite penetrar en el *substratum* de la persona jurídica, tal aplicación no requiere negar la personalidad jurídica de la persona jurídica actora a la que han sido aportados los bienes objeto de tercería por el deudor apremiado ni declarar la nulidad de la sociedad, sino que se trata, pura y simplemente, de declarar la inoponibilidad de ese acto de aportación de los bienes al acervo social frente a los acreedores del socio aportante que ven así alterado el régimen de responsabilidad universal de su deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil, quedando dicho deudor, como consecuencia directa de ese negocio jurídico de aportación, en una situación de insolvencia intencionalmente provocada. No se desconoce, por tanto, la personalidad jurídica de la sociedad, distinta e independiente de sus socios, ni se declara su nulidad, ya que aquélla continúa subsistiendo como tal en el tráfico jurídico que en nada resulta alterado por la sentencia desestimatoria de la tercería que, por otra parte y como tiene reiteradamente declarado esta Sala, limita sus consecuencias al ámbito propio del procedimiento de apremio del que es incidente este procedimiento de tercería.

EXISTE ERROR EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA CUANDO EL PRECIO SE FIJA POR UNIDAD DE MEDIDA DEL OBJETO DEL CONTRATO, Y SE ENTREGA UNA SUPERFICIE MENOR DEL MISMO, SIENDO APLICABLE EL ARTICULO 1.101 CC. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1998)

El *quid* jurídico de la cuestión radica en determinar si esas diferencias de superficie entre lo vendido y lo entregado deben sus consecuencias económicas ser controladas por lo dispuesto en los artículos 1.469 a 1.472 ambos del Código Civil, o ser regidos por lo dispuesto en el artículo 1.101 y concordantes del mismo cuerpo legal. Las normas primeras pueden ser calificadas de especiales, pues son aplicables a los casos en que existen unas posibles diferencias entre la extensión efectiva de la finca al perfeccionarse el contrato y la que es objeto en el momento de la entrega. Por ello el legislador en dichos

preceptos, con base en la teoría de la conservación del contrato, ha reducido el plazo de impugnación acortando el plazo para el ejercicio de la acción, o sea de la caducidad para la vigencia de la misma.

En el presente caso las plazas de garaje se han vendido como anexas a unas viviendas constituidas bajo el régimen de Viviendas de Protección Oficial, sin que además el precio de venta de las plazas de garaje lo fuera a tanto por metro cuadrado, por lo que falta un requisito esencial para la aplicación de las tantas veces mencionadas normas especiales, y por ende para que fatalmente se perjudique el derecho de los compradores con la actuación de la caducidad.

Los artículos 1.469 y 1.470 CC contienen una específica regulación del error en el contrato de compraventa, cuando este error rebase sobre la cabida de la cosa vendida de tal forma que las partes atribuyen una mayor o menor cabida a la finca objeto del contrato, regulación especial que afecta únicamente a aquellos contratos en los que el precio se haya fijado por unidad de medida y no en un tanto alzado, requiriéndose además que se trate de inmuebles determinados y que se exprese en el contrato su cabida. Lo cual significa que en la presente *litis* ha habido un incumplimiento genérico de obligaciones derivadas de un contrato por lo que la norma vigente de aplicación será la especificada en el artículo 1.101 CC y concordantes, en especial con lo ordenado en el artículo 1.256 CC. Por lo que para la efectividad de las acciones emanadas de dicho incumplimiento el instituto de la prescripción deberá tener el amplio plazo de quince años que se establece con carácter general.

NO CABE ACCION DE REINTEGRO POR ESTAR EXCLUIDOS LOS RIESGOS POR LA POLIZA EN UN CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1998).

Se entiende inaplicable por la parte recurrente el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, inaplicación que supone rechazar la legitimación activa de la recurrida, por entender que los hechos, al integrar un supuesto de robo deben quedar al margen de la acción esgrimida, es decir de la acción de reintegro que ejercita la actora, por estar excluidos de los riesgos cubiertos por la póliza, materia esta ajena, a la legitimación activa, que gira en torno a la posibilidad de que por el asegurador, una vez cubierta la indemnización a que da lugar el riesgo, pueda reclamar contra quien corresponda, en este caso el transportista que incurrió en negligencia, por lo que deben decaer conjuntamente ambos motivos, máxime cuando según aparece de los autos, incumba al asegurador hacerse cargo del siniestro provocado por la pérdida de bultos completos, que es lo que sucedió en el presente caso.

NOVACION Y EXTINCION DE UNA CONDICION SUSPENSIVA ESTABLECIDA EN EL CONTRATO, TRAS SUBORDINAR LA EFICACIA DE UNA DE LAS LETRAS A UN HECHO POSTERIOR. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1998)

La cuestión a la que alude la impugnación es la declaración que se hace en la sentencia recurrida, referida a la novación y extinción de la condición establecida en el contrato, en orden a subordinar la eficacia de una de las

letras constitutivas del plazo inicial, a la venta del secadero usado propiedad del comprador. En el contrato de fecha 16 de mayo de 1990 se convenía que el plazo inicial de la compraventa estaría representado por dos letras de cambio aceptadas y avaladas, aceptación que debería hacerse a la firma del contrato, añadiendo de forma manuscrita «una de las dos pendientes de la venta del secadero usado». La interpretación literal de esta cláusula conduce a entender, que la aceptación y el afianzamiento de una de las dos letras era lo que quedaba pendiente de esa futura venta de la maquinaria usada, aunque tampoco es óbice entender que fuera su efectividad.

El Tribunal *a quo* entiende presuntivamente, que la entidad compradora habría novado y extinguido, dejando sin efecto la cláusula suspensiva que se añadió de forma manuscrita al contrato, y este razonamiento no puede calificarse como erróneo o no razonable, pues la firma de la segunda letra, efectuada casi un año después de haberse emitido la primera, y la imposibilidad de poder vender la maquinaria usada (aún no consta que la recurrente haya efectuado tal venta) hacía razonable pensar, según las reglas de la sana lógica y buen criterio, que esa condición suspensiva que se estableció inicialmente quedaba sin efecto, pues en otro caso se incurriría en la prohibición que se establece en el anteriormente citado artículo 1.256 CC, al quedar indefinidamente al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de la condición.

PRESUNCION Y CUANTIFICACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y PROTECCION DE MARCAS. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1998).

La jurisprudencia de la Sala Primera tiene reiteradamente dicho que la prueba de los daños es presupuesto para que la sentencia imponga la condena a repararlos, pudiendo en caso afirmativo cuantificarlos o fijar las bases para que se cuantifiquen en ejecución de sentencia, o incluso que si no es posible ni lo uno ni lo otro, como dice el artículo 360, se condene a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución. Y estos criterios se han aplicado a los casos de daños producidos en materia de propiedad industrial y protección de marcas. Para su cuantificación, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 36, 37, 38 de la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988 y el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre Competencia Desleal.

A pesar de todo lo anterior, también esta Sala ha sostenido en singulares supuestos que los daños y perjuicios pueden presumirse producidos, incluso en los procesos civiles de patentes, marcas o competencia desleal, como ha hecho en el presente caso la Audiencia al imponer la condena a satisfacerlos sin razonar sobre las pruebas de su existencia que tiene por evidentes, y como hace esta Sala por tener en cuenta la indiscutible incidencia que las infracciones cometidas por Ollé, S. A., ha tenido sobre las ventas de la actora y en las ventas de ella misma, como se pone de relieve con la absoluta falta de cooperación de la recurrente a que se practicaran pruebas periciales con las ventas relacionadas en las medidas cautelares

LA CUANTIA DE LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO SON SUSCEPTIBLE DE REVISARSE EN CASACION. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998).

En el motivo del recurso de casación se recuerda la teoría de la compensación de culpas como moderadora de las responsabilidades. La parte recurrente analiza después subjetivamente los hechos y obtiene la particular conclusión de que concurrió culpa de la víctima, y ello debió tener reflejo en la condena. Añade que si no recurrió la sentencia de instancia, lo fue por la moderación de la condena a tono con el baremo publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda.

La fijación de la cuantía del daño es atribución del Tribunal de instancia, que no puede ser revisada en casación y en cualquier caso es carente de base fáctica la afirmación de que en el caso hubo concurso de conductas determinante del daño.

I. I. M.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SE PUEDE IMPUTAR AL ARRENDATARIO EL RETRASO DEL NOTARIO EN LA NOTIFICACION DEL TRASPASO AL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1993).

El Juzgado número 1 de Madrid desestimó la demanda y la apelación fue rechazada.

No se admite la casación. Se hizo el traspaso por parte del arrendatario con todos los requisitos legales, pero se produjo el retraso del Notario más de los ocho días que marca la L.A.U., a quien se requirió para que llevase a efecto la notificación al arrendador del contenido de la escritura de venta en que cristalizó el traspaso, retraso que no es imputable al arrendatario por lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia liberan al arrendatario de las consecuencias de la notificación cuando su práctica fuera del plazo legal por sucesos imprevistos como el retraso del Notario, por lo que si no hubo traspaso ilegal, no procede la resolución del arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SUPONEN CAUSA DE RESOLUCION LAS OBRAS MOVILES NO ADHERIDAS A LAS PAREDES, SUELOS Y TECHOS, MEDIANTE OBRAS DE ALBAÑILERIA. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1993).

El Juzgado número 2 de Zaragoza desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se da la casación. Según la prueba pericial no se han apreciado indicios de reforma alguna en el local. Las obras consistentes en bajar el techo de entramado de perfil ligero suspendido y placas de escayola constituyen un sistema desmontable y no se entiende modificada la configuración del local, en el sentido que exige la norma aplicable y la jurisprudencia de esta Sala, ya que se necesita una obra fija o de fábrica, empotrada al techo y practicada con materiales de construcción y no se aplica a obras móviles, no adheridas a las paredes, techos y suelos mediante obras de albañilería.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO —AUN EXISTIENDO UNA SOCIEDAD IRREGULAR ENTRE EL ARRENDATARIO Y OTRA PERSONA. LA RELACION ARRENDATICIA NO SUFRIA MODIFICACION ALGUNA. CONOCER LAS OBRAS NO ES LO MISMO QUE CONSENTIRLAS. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993).

EL Juzgado número 33 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia Provincial, confirmó.

No se admite la casación. Aunque se constituyó una sociedad irregular entre el arrendatario y otra persona la relación arrendaticia no sufría modificación alguna, permaneciendo invariable la identidad de los contratantes. Lo que el recurrente pretende, por vía inadecuada, es combatir la declaración formal en orden a que el transcurso de un determinado período de tiempo entre el momento en la propiedad pudo constatar la existencia de las obras hasta que formuló la demanda, no puede entenderse como una presunción válida acreditativa de la autorización tácita para realizar las mismas, pues tal conducta no constituye un acto propio ni existe el enlace preciso y directo, que exige el artículo 1.253 CC, razonamiento avalado por la jurisprudencia de esta Sala, cuando entiende que conocer no es consentir, por lo que no se libera de otras pruebas del consentimiento a la parte demandada.

RETRACTO.—NO PROCEDE EL RETRACTO CUANDO SE TRANSMITE UNA FINCA QUE CONSTITUYE UNA UNIDAD SUPERIOR AL OBJETO DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1994).

El Juzgado número 1 de Pamplona estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. La transmisión realizada tuvo por objeto una sola finca, constitutiva de una unidad patrimonial, como un solo departamento, en cuyos elementos descriptivos se encontraba el local arrendado, remontrándose la descripción en el Registro al año 1934, sin que la compradora haya tenido intervención en la historia registral de la finca, adquirida como un todo unitario, por lo que es imposible incluir el caso concreto en los supuestos de los artículos 47 y 48 L.A.U., por lo que no procede el retracto. Se transmite una finca que constituye una unidad original superior al objeto del arrendamiento, sin que haya existido agrupación determinante de aquella unidad, siendo ésta originaria, mientras que en la jurisprudencia que se cita, existe cierta agrupación. El derecho de retracto opera cuando en la finca sólo existe una vivienda o local y en los casos de venta por pisos, aunque se transmitan

por plantas o agrupados a otros, lo que no sucede cuando se vende el edificio o la finca como dicen las Sentencias de 26 de mayo de 1988, 27 de marzo de 1989 y 31 de enero de 1992.

RETRACTO.—NO CABE EL RETRACTO CONVENCIONAL EN UN ARRENDAMIENTO TAMPOCO PROCEDE EL LEGAL DE LA L.A.U PUES EL ARRENDATARIO NO LO ES DE LA TOTALIDAD DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1994).

El Juzgado de Vinaroz estimó la demanda, pero la Audiencia de Valencia admitió la apelación.

No triunfa la casación El pacto de la cláusula 6.ª del contrato de arrendamiento no es una modalidad de la retroventa, pues ésta se inserta en un contrato de compraventa y aquí se trata de un arrendamiento En caso afirmativo le sería de aplicación el artículo 1.508 CC, con las causas de caducidad que allí se expresan. Por tanto, el retracto no puede ser otro que el arrendaticio de la Ley especial, pero el retrayente no es arrendatario de la totalidad de la finca y no se ha consignado el precio en la forma que exige el artículo 1.618 CC, pues el aval bancario no es más que el ofrecimiento de un fiador que no cumple los requisitos procesales determinados en el artículo 1.621 CC. por lo que el retracto de la L.A.U. no puede ser viable. El pacto de la cláusula 6.ª es una especie de opción de compra, válido que obliga a las partes contratantes y a sus herederos pero no alcanza a los compradores, que son terceros, ajenos al compromiso que el dueño de la finca contrajo en su día y de un nuevo contrato celebrado por los herederos del primitivo obligado y esos terceros, extraños al mismo, sin perjuicio de las consecuencias obligacionales.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA AUTORIZACION DE LAS OBRAS HECHA AL CONCERTARSE EL CONTRATO NO ALCANZA A LAS REALIZADAS CINCO AÑOS DESPUES. LAS OBRAS REALIZADAS AHORA ALTERAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL ARRENDADO, POR SU IMPORTANCIA. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1994).

El Juzgado número 5 de Madrid desestimó la demanda pero la Audiencia Provincial revocó declarando resuelto el contrato.

No se admite la casación. El arrendamiento fue hecho a la sociedad por los que eran socios mayoritarios de la misma, primero oralmente y luego por escrito, sin condiciones especiales. La arrendataria hizo obras de gran envergadura que han variado la configuración del local, sin permiso escrito. La posible autorización hecha al concertarse el contrato no puede alcanzar a la situación posterior al fallecimiento del primitivo arrendador, ya que las obras se realizaron cinco años después de esa fecha. Tampoco es procedente la resolución cuando se pretende al amparo de un cambio de destino. La verificación de las fotos aportadas con la realidad existente en la fecha de la diligencia de 1 de marzo de 1989 fue apreciada por el Notario autorizante y demuestra la realidad de las obras, consistentes en bajar techos, hacer nuevas habitaciones y dar nueva distribución al edificio arrendado, constituyendo obras modificativas que alteran la configuración del local.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ES LOGICO QUE SI LA ARRENDATARIA ACCEDE AL USO DE OTROS LOCALES ADYACENTES SE ESTABLEZCA LA COMUNICACION Y ACONDICIONAMIENTO NECESARIOS Y TAL COMUNICACION CONSTITUYE UNA DE LAS OBRAS INCONSENTIDAS. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1994).

El Juzgado número 4 de Murcia desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. La causa resolutoria alegada era la realización de obras sin consentimiento del arrendador, pero el Juzgado acogió la falta de legitimación pasiva de los demandados por haber constituido una sociedad limitada y no se ha acreditado cuándo, en qué consisten y por quién se han realizado, aparte de que en el primero de los contratos se establecía la autorización para las obras, autorización comprendida en los arrendamientos de los otros locales, aparte de que sería ilógico que si la arrendataria accede al uso de otros locales adyacentes no estableciese la comunicación y acondicionamiento necesarios para las exigencias de su negocio y tal comunicación constituye una de las obras, que se alegaban como inconsistentes

TANTEO DE LOCAL DE NEGOCIO.—NO SE HA DEMOSTRADO LA NULIDAD DEL DOCUMENTO EN QUE SE FUNDA EL TRASPASO, PROCEDIENDO EL TANTEO PREVISTO EN LA L.A.U. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1994).

El Juzgado número 3 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No se admite la casación. La demanda pretende el tanteo del local arrendado, debiendo desalojar la demandada, pero ésta opuso reconvencción solicitando la nulidad del documento en que funda su derecho la actora por estimar que el representante de la demandada hizo constar en el mismo documento un consentimiento prestado con dolo o error. La demandada comunicó a la demandante en 1986 la firme decisión de traspasar la tienda a una sociedad y a la vista de tal notificación la actora ejercitó el derecho de tanteo previsto en la legislación arrendaticia, mediante acta notarial de 27 de mayo de 1986, oponiendo la demandada dolo o error, que no se consideró probado por el Juzgado ni por la Sala de apelación. No existe un ejercicio abusivo del derecho del arrendador, aunque de ello puedan resultar perjuicios para el arrendatario en cuanto no hubo ni se puso de manifiesto un acto abusivo o antisocial la parte recurrida actuó sobre la base de una declaración válida de la recurrente ni se han sobrepasado los límites normales de su derecho, porque no se ha probado el alegado mayor valor del local transmitido que estima supera en mucho el figurado en la carta de comunicación de la intención firme de traspasar

RETRACTO.—EN EL SUPUESTO DE ADJUDICACION A UN COPROPIETARIO DEL LOCAL A CONSECUENCIA DE LA DIVISION ENTRE LOS COPROPIETARIOS, EL ARRENDATARIO CARECE DEL DERECHO DE RETRACTAR SOBRE EL MISMO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1994)

El Juzgado número 7 de Zaragoza estimó la demanda pero la Audiencia Provincial revocó.

No se admite la casación. Lo consignado en escritura de 23 de enero de 1989 sobre renuncia de otros arrendatarios a los derechos de tanteo y retracto no significa reconocimiento de estos derechos a la recurrente, sino que su existencia ha de determinarse conforme a lo establecido en la Ley, independientemente de que en otros casos no se haya planteado la cuestión por renuncia de los interesados, que puede producirse para evitar cualquier discusión futura e incluso por suponerse que tales derechos podían invocarse. Los contratantes eran personas físicas y no constituían sociedad ni persona jurídica pero actuaban como copropietarios de los locales arrendados. Del Registro resulta que los locales fueron adquiridos por los demandados y sus esposas por mitad *pro indiviso* y hay un asiento de presentación pendiente de despacho sobre la disolución de comunidad. En el supuesto de adjudicación a un copropietario del local arrendado, a consecuencia de la división del local entre los copropietarios, el arrendador del mismo local carece de derecho de retracto sobre el mismo. El artículo 47 distingue inequívocamente entre el arrendatario de vivienda y el de local, al decir en su número 3 que la facultad de tanteo la tiene el inquilino, en caso de división de cosa común y el artículo 48, respecto al retracto, se remite al artículo anterior, no existiendo estos derechos para el de local de negocio en los casos de adjudicación por división de cosa común.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA APERTURA DE UN HUECO DE COMUNICACION ENTRE DOS LOCALES INDEPENDIENTES SUPONE UN CAMBIO DE CONFIGURACION DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1994).

El Juzgado número 4 de Mataró estimó la demanda y confirmó la Audiencia provincial.

No se admite la casación. El arrendatario abrió en la pared divisoria un hueco de 2,7 por 1,20, comunicando ambos locales que eran independientes. Esta Sala considera como cambio de configuración la aminoración o aumento del espacio de cada uno de los locales arrendados y ello, aun cuando el arrendatario fuera la misma persona, e incluso, cuando en épocas anteriores a la fecha de arrendamiento hubiesen podido estar unidos siempre que, en el momento del contrato, constituyan dos locales diferentes.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CAMBIO DE PERSONAS EN LA COOPERATIVA ARRENDATARIA SUPONE UNA VARIACION DE CONTRATO QUE PRODUCE LA RESOLUCION, SI NO LO HA CONSENTIDO EL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1994).

El Juzgado número 7 de Salamanca desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó.

Triunfa la casación. Según la sentencia recurrida existió un traspaso a los demandados, consentida por los arrendadores, que aceptaron los cambios personales operados en la cooperativa arrendataria, por lo que no pueden ir contra sus propios actos. Pero existe una certificación del Registro de Cooperativas de Salamanca y otros documentos posteriores que atestiguan la alteración habida en la entidad arrendataria y que ponen de relieve que ese cam-

bio no ha sido consentido por los arrendadores, ya que el consentimiento fue para realizar obras, pero no para tales cambios personales, tanto más que no han concurrido los requisitos que para esos cambios exige la Ley de Cooperativas en su artículo 31 ni los del artículo 32 para las bajas de carácter voluntario, por lo que la alteración de la personalidad arrendataria de los locales en litigio, se da la causa resolutoria del artículo 114 número 5 de la L.A.U., por infringir los requisitos del artículo 32 para el traspaso. Reiterada jurisprudencia de esta Sala dice que toda modificación subjetiva de una sociedad personalista o la separación de un socio implica una variación del contrato, produciendo la resolución del mismo. No fueron los recurrentes contra sus propios actos ya que en ningún momento accedieron al cambio de arrendatario ni en modo alguno fueron sus actos concluyentes e indubitados. El acto para causar estado ha de ser expreso, no ambiguo, solemne y expresamente delimitado, definiendo de forma inequívoca las situación del que lo realiza.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LOS CONTRATOS REALIZADOS DESPUES DEL REAL DECRETO LEY 2/1985 SOLO ESTAN SUJETOS A LA PRORROGA FORZOSA, SI ASI SE PACTA EXPRESAMENTE. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1994).

El Juzgado número 4 de Oviedo estimó la demanda y se desestimó la apelación.

No se admite la casación. La copropiedad del local arrendado era conocida por la sociedad arrendataria, de manera que la acción ejercitada era para la recuperación del local y sólo podía redundar en beneficio de la comunidad y además consta el consentimiento de la copropietaria que declaró como testigo en el juicio. No es posible la equiparación de la figura litisconsorcial pasiva con la activa por cuanto si nadie puede ser condenado sin ser oído. Tampoco nadie puede ser obligado a litigar ni aislada ni conjuntamente con otros. Pactada la duración del contrato en un año y especificado que la prórroga procedería siempre que una de las partes no mostrara su voluntad en contra, ninguna duda existe sobre la inaplicación del artículo 57 L.A.U., pues el artículo 9 R.D.L. 2/1985, de 30 de abril, establece con toda claridad que los contratos de arrendamiento de vivienda o local tendrán la duración que libremente establezcan las partes, sin que les sea aplicable la prórroga del artículo 57, es decir, que esta prórroga forzosa sólo cabe admitirla, cuando haya sido pactada de manera expresa. Por tanto, el contrato se ha extinguido, por expiración del plazo convencional, sin que haya lugar a la tácita reconducción, por haber sido requerida la arrendataria con la debida antelación.

TANTEO.—SOLO PROCEDE ESTE DERECHO ASI COMO EL DE RETRACTO CUANDO EL ARRENDATARIO LO ES DEL PISO O LOCAL VENDIDO Y NO SOLAMENTE DE PARTE DE SUS DEPENDENCIAS. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1994).

El Juzgado número 7 de Barcelona desestima la demanda y la A. Provincial confirma.

No se da la casación. El contrato se refiere a los «bajos y piso», sin determinar con precisión la finca, pero no al desván sin que conste la finca dividida en régimen horizontal, existiendo una sociedad entre propietario e inquilino, fue objeto de subasta en juicio sumario hipotecario la mencionada finca en su totalidad, intentando la recurrente el derecho de tanteo, cuya demanda fue rechazada. No se trata de venta por pisos ni ocupa el arrendatario la totalidad de la finca ni ella sola es la arrendataria, pues existe otra persona con el mismo concepto que no ha ejercitado derecho alguno. Según reiterada jurisprudencia es preciso que el que ejerce el derecho sea inquilino o arrendatario del piso o local vendido y no solamente de parte de él y la acción ejercitada no puede incluir más que los casos comprendidos en el arrendamiento y a los cuales llega la posesión arrendaticia (Sentencias de 29 de septiembre, de 9 de octubre y 29 de noviembre de 1962, 4 de junio de 1964 y 2 de marzo de 1963), además de no tratarse de un arrendamiento simple sino complejo, que está sometido a la legislación común, la cual no reconoce este derecho al arrendatario. Tampoco puede admitirse el retracto, ya que el artículo 48 L.A.U. dice que se aplica a los mismos supuestos del artículo 47, supuestos que como hemos visto es el contemplado en esta «litis».

RESOLUCION DE CONTRATO.—LAS OBRAS AUTORIZADAS SE REFIEREN A LAS REALIZADAS AL TIEMPO DE LA INSTALACION DEL NEGOCIO. EL TRASLADO DE UNA ESCALERA SUPONE UNA MODIFICACION SUSTANCIAL QUE NECESITA AUTORIZACION DEL PROPIETARIO. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1994).

El Juzgado número 3 de Sevilla estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirma.

No se admite la casación. Las obras autorizadas se refieren al tiempo de la instalación o puesta en marcha del negocio, y el traslado de una escalera supone una modificación sustancial que hubiera necesitado autorización del propietario, siendo irrelevante que fuera comunicada o no al propietario, así como ocurre lo mismo con la ampliación del garaje. Por otro lado, las obras de adaptación del local, aunque sean permitidas, han de realizarse con proximidad a la fecha de celebración del contrato, lo que no ocurre aquí, pues han transcurrido cinco años desde aquella fecha. Las obras alteran la configuración del local por lo que están incluidas en la causa de resolución. No existe abuso del derecho del arrendador al ejercitar esta opción de que se halla investido el arrendatario.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—EL ESTADO NO PUEDE SUBROGAR EN LAS RELACIONES ARRENDATICIAS DE LA EXTINGUIDA FALANGE ESPAÑOLA A OTRAS PERSONAS O ENTIDADES, SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS DE LA VIGENTE L.A.U. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1994).

El Juzgado número 3 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se da la casación. En 1937 se arrendó la finca a Falange Española y más tarde la Organización Sindical, sin autorización de la propiedad, instaló en los bajos un establecimiento de venta de objetos de artesanía. En 1977, a

virtud de la Ley de Reforma política y el Real Decreto de 1 de abril, la Administración del Estado ocupó los locales arrendados, cediendo varias dependencias a diversas entidades culturales y deportivas. En 1982 la posesión de estas dependencias pasaron al Gobierno de Canarias. La acción es ejercitada por los herederos de la primitiva propietaria-arrendadora y la casación sólo la interpone la Comunidad Autónoma de Canarias. Es doctrina de esta Sala que la Ley no admite que un inmueble, arrendado por una persona, individual o jurídica, sea ocupada por otros, bien por cesión, traspaso o subarriendo sin consentimiento del arrendador y da lugar a causa de resolución, principio aplicable al Estado a las Autonomías y a la Administración, en general, ya que en las relaciones jurídico-privadas el Estado no concurre revestido de «imperium» sino en plano de igualdad (Sentencia de 21 de febrero de 1988). El Estado no es el sucesor de Falange española ni ésta, extinguida legalmente, pudo subrogar a nadie y sí la Administración no pudo subrogarse, mal pudo transmitir lo que no tenía. La Administración del Estado no puede adscribir a otros organismos de ella los vínculos arrendaticios integrados por la Ley de 1977 sin contar con la voluntad del propietario-arrendador, como se deduce de la consideración de derechos de índole privada, derivados de la regulación de la vigente L.A.U.

C. R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

AVILA NAVARRO, PEDRO: *La Sociedad Anónima*. Editorial Bosch. Barcelona, 1997.
5 tomos con un total de 2.417 páginas.

Cuando los socios se limitan a aportar a la sociedad un capital, sin comprometer ni su actividad, ni su crédito, ni su patrimonio, tenemos una sociedad anónima. Por eso se ha dicho que esta modalidad societaria es un capital elevado a persona jurídica, sin que sea posible hallar un dato más personal. La insolidaridad de los socios con el negocio y aún la posibilidad de que sean rigurosamente desconocidos, al darse las acciones al portador, justifican la denominación de esta forma social. Es, pura y simplemente, una sociedad anónima.

Con estos acertados trazos definitorios inicia este monumental libro su autor, Pedro Avila Navarro, Registrador de la Propiedad de Barcelona y Notario en excedencia, que, tanto desde su actuación profesional como en las clases que imparte en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de la capital de Cataluña, está realizando una destacada y encomiable labor de enseñar y plasmar por escrito lo que sabe, facilitándose la consulta.

Hace poco comentábamos su estimable estudio sobre el Registro Mercantil y acabamos de resumir otro libro sobre la sociedad de responsabilidad limitada, lo que muestra que la labor últimamente desarrollada por PEDRO AVILA es realmente abrumadora y nos hace preguntarnos cómo podrá sacar tiempo para escribir tanto y tan bien.

Vamos ahora con la reseña de este libro, que ha de ser de forzosa síntesis, ya que no resulta nada fácil resumir la doctrina contenida nada menos que en cinco tomos con casi las 2.500 páginas.

En el *tomo I* se estudia la constitución de la sociedad, con los obligados estatutos, las aportaciones que hacen los socios y las acciones que reciben a cambio. Caracteriza a esta sociedad el autor diciendo que es digna de las mayores alabanzas y de las más duras críticas, pues ha sido indudablemente un gran elemento de progreso al acometer empresas para las que serían incapaces el empresario individual y otras formas sociales por su necesaria limitación de medios; por el contrario, los frecuentes engaños, estipulaciones y fraudes que a veces concurren en su entorno han dado lugar al descrédito del anonimato y a pensar que constituye un privilegio odioso que se limite la responsabilidad de quienes sólo buscan una ganancia ilimitada.

Tras reseñar sus antecedentes y los caracteres de la legislación vigente, pasa al concepto legal y la diferenciación entre anónimas y limitadas, resaltando que en éstas hay menos limitaciones y requisitos, lo que ha hecho que en la actualidad predominen las limitadas en la práctica; no obstante, la ley exige la forma de anónimas en algunas de ellas, que se relacionan. La configuración legal de estas sociedades se completa con el estudio de su carácter mercantil y se analiza la responsabilidad de los socios, que no se da frente a

las deudas sociales, aunque pueden existir supuestos legales o convencionales en que sí se da.

En el capítulo de la constitución se estudian las posibles formas de fundación simultánea o sucesiva de la sociedad. Sabido es que esta última no se da en la práctica, por ello se extiende más el autor en los requisitos de la simultánea, especialmente en la escritura y la inscripción en el Registro Mercantil que es, naturalmente, constitutiva. Apartado especial merece el artículo 41 de la Ley, según el cual las adquisiciones onerosas de la sociedad, dentro de los dos años de su constitución, han de ser aprobadas por la junta general cuando su importe exceda de la décima parte del capital social, norma procedente de la Ley de 1951 y que obedece a la idea de atajar al socio dominante que intenta hacer una aportación de bienes supervalorada en perjuicio de los demás socios.

En el capítulo de los estatutos se contempla su confección, redacción, interpretación y contenido mínimo; aquí van la denominación, objeto social y duración de la sociedad, fecha de comienzo de las operaciones, domicilio social, capital dividido en acciones, administración y modo de tomar los acuerdos, es decir, toda la normativa por la que ha de regirse la vida de la sociedad.

En los capítulos 4 a 7 se estudian los diversos aspectos de las acciones, que son, como se ha dicho, la esencia vital de la sociedad anónima. La acción, nos dice Avila, es cada una de las partes en que se divide idealmente el capital de la sociedad, que se incorpora a un título negociable cuya atribución comporta un conjunto de derechos. Se recogen en este concepto los tres aspectos de la acción:

- La acción como parte del capital, ya que su valor nominal corresponde a una efectiva aportación realizada
- La acción como título, en cuanto los derechos sociales se incorporan a un título valor.
- Y la acción como conjunto de derechos que componen la cualidad de socio.

Tales aspectos se estudian con una amplitud y detalle que denotan el gran dominio del autor en la materia.

En el *tomo II* se contempla todo lo relativo a los órganos de la sociedad, la modificación de los estatutos y el aumento y reducción del capital.

La sociedad anónima, como persona jurídica, forma su voluntad y la expresa al exterior mediante órganos, que pueden ser de dos clases de soberanía, que delibera y decide sobre los asuntos sociales, y el órgano de gestión y representación, que ejecuta los acuerdos y actúa externamente.

En el capítulo 8 se estudia la junta general, órgano soberano, como se ha dicho, que ocupa el primer lugar jerárquico entre los órganos sociales, por ello tiene, en principio, una competencia total en la discusión y decisión de los asuntos sociales, con los límites marcados por la Ley. En ésta y en los estatutos se regulan las normas orgánicas que rigen sus reuniones, desde la convocatoria en sus diversos modos, lugar y tiempo de su celebración, asistentes posibles, modo de deliberar y tomar los acuerdos y redacción de las actas

En el capítulo 9 se estudia la administración de la sociedad, órgano encargado de las funciones de gestión y representación social. El libro contiene todo lo referente al nombramiento de los administradores y su inscripción en

el Registro, las cuestiones de incapacidad e incompatibilidades para el ejercicio del cargo, su duración y su posible prórroga. Junto al aspecto de gestión está al anejo, pero distinto, de la representación. Avila estudia esta función y su ámbito, según los distintos casos posibles, pudiendo ser administrador único o varios, sean conjuntos o solidarios o constituidos en consejo; puede haber otros órganos especiales como apoderados, directores o gerentes, que se contemplan igualmente.

En el capítulo 10 se amplía el estudio del órgano colegiado de administración a que se refiere el artículo 136 de la Ley al establecer que cuando dicha administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas se constituirán en consejo de administración. En los estatutos se han de expresar el número de administradores, no inferior a tres, pudiendo fijarse el número exacto o sólo un máximo y un mínimo. Dada la importancia en la práctica de la actuación del Consejo, es lógico que la ley prevea con detalle las normas por las que han de regirse el nombramiento de los consejeros y el funcionamiento y actuación del consejo, con la posibilidad de impugnación de sus acuerdos, no en cuanto a su contenido, como nos aclara el autor, sino cuando no se han cumplido los requisitos legales o estatutarios para que sean válidos dichos acuerdos.

Los estatutos, que en principio deben mantenerse inmutables por razones de seguridad jurídica, a veces hay que modificarlos por ser necesario o conveniente para adaptarse a las nuevas circunstancias en que se mueve la sociedad, para mejor conseguir sus objetivos sociales. Exigir la unanimidad sería prácticamente imposible en sociedades con gran número de socios; pero si sólo bastara una mayoría simple se podrían atropellar los derechos de las minorías y en todo caso de aquellos que ingresaron en la sociedad creyendo en la intangibilidad de los pactos iniciales. Por ello la Ley recurre a una solución ecléctica exigiendo unos requisitos especiales para la modificación encaminados a asegurar el conocimiento de los interesados y la protección correspondientes mediante una publicidad especial y un quorum determinado.

Los supuestos más importantes de modificación estatutaria se estudian en el capítulo 11 y en los dos siguientes se abordan las cuestiones para realizar el aumento y la reducción del capital social, principalmente en cuanto a la forma y requisitos para llevarlas a cabo.

En el *tomo III* se recogen, junto a las cuentas anuales, lo referente a las transformaciones de la sociedad por fusión y escisión y la disolución, y por último, el tema «nuevo» de la llamada sociedad unipersonal.

La obligación de rendir cuentas anuales sujeta a las sociedades capitalistas en general, e incluso a algunas que no lo son. Está regulado en la Ley de Sociedades Anónimas, con el complemento de otras varias normas, que se recogen en el capítulo 14 del libro.

En los capítulos 15 y 16 se estudian las modificaciones estructurales, que son el cambio de forma de una sociedad sin alterar su personalidad. Cuando el cambio de forma va unido al nacimiento de una nueva personalidad, extinguiendo la antigua, se trata más bien de una conversión. Aquí se estudian los diversos casos posibles de transformación de sociedad anónima en otras formas y viceversa, analizando las fases, requisitos y efectos de tales cambios, tanto en el aspecto interno como en relación a terceros, en una amplia exposición.

A veces dos o más sociedades se reducen a una sola y esto puede hacerse por fusión propiamente dicha, desapareciendo los entes originarios para for-

mar uno nuevo, o por absorción de una sociedad por otra. Por el contrario, en la escisión, se desmembra la sociedad en dos o más partes, bien por división de su patrimonio o por segregación de una parte, reduciendo el capital. El autor expone estos supuestos en los capítulos 17 y 18 en cuanto a los actos preparatorios, acuerdo y formalización, así como los efectos que se originan, tanto respecto a la personalidad jurídica de la sociedad afectada, a los socios, acreedores, derechos de los trabajadores y situación arrendaticia.

Las sociedades terminan y se mueren, como todos los seres vivos. El autor, siguiendo la ley y la doctrina, distingue y estudia los sucesivos escalones del proceso final de las sociedades, que son la disolución, la liquidación y la extinción formal. Dos capítulos enteros de este libro se dedican a estudiar la materia, recogiendo un abundante compendio de doctrina y jurisprudencia.

Cuando la sociedad anónima, para financiar sus actividades o necesidades, en vez de acudir al crédito bancario, decide hacerlo al crédito público, fracciona la cifra total pretendida en una serie numerada de obligaciones u otros valores, basándose en el artículo 282 de la Ley, que define a la obligación como un título valor que reconoce o crea una deuda. El autor estudia, con acopio de jurisprudencia, los requisitos de la emisión, sus garantías y la regulación y funcionamiento del sindicato de obligacionistas.

Y, por fin, en el último capítulo que es el 22, se aborda el problema de la llamada sociedad unipersonal, clásicamente vedada, que ha encontrado modernamente una postura favorable en la Directiva CEE de 1989 y recogida por nuestra Dirección General en una Resolución de 1990; el nuevo Reglamento del Registro Mercantil contempla la sociedad unipersonal originaria y la sobrevenida. La sociedad será «unipersonal», pero las cuestiones y problemas que suscita siguen siendo múltiples.

El tomo IV contiene, a lo largo de sus 600 páginas, un formulario amplísimo y completo para redactar las actuaciones nacidas de los supuestos que antes se han estudiado. La importancia que en la práctica puede tener esta guía o vademecum para los profesionales no es preciso ponderarla.

Y para terminar, el tomo V recoge toda la normativa vigente de las sociedades anónimas, no sólo su Ley específica que encabeza el compendio, sino todas las demás leyes aplicables a esta forma de sociedad, que son otras doce más, y que permiten tener a mano y unidas todas las normas sin tener que ir a buscarlas, cada una en un sitio, por otras fuentes dispersas.

Con lo que hemos dicho queda patente que se trata de una auténtica obra monumental y completa, no sólo utilísima, sino necesaria para tenerla sobre la mesa, por ser de consulta indispensable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL: *Comunidades de vecinos. Legislación y Jurisprudencia*. Editorial Colex. Madrid, 1998. Un tomo de 466 páginas.

Que la propiedad por pisos ha alcanzado un desarrollo gigantesco, hasta copar la casi totalidad de los edificios que se construyen, es algo tan evidente que no es preciso encomiarlo demasiado. Su estrecha relación con el problema de la vivienda explica la extraordinaria importancia que tiene esta institución en el orden práctico.

Por otra parte, no ha sido ajeno a su auge el trato exageradamente protector que la legislación especial concedió a los inquilinos. Esto hizo que los propietarios de casas, cansados de las ridículas rentas antiguas que se mantenían a todo trance, procedieran a dividir las horizontalmente y vendieron los pisos a inquilinos, que pasaron a ser condueños ya en el nuevo sistema de propiedad común que se establecía. Y en lo sucesivo, el capital ha huido de construir para alquilar y ya de entrada lo hace para vender por elementos separados; así se ha extendido por doquier y cada vez más el régimen de la propiedad horizontal. En la práctica de los registros, la inmensa mayoría, por no decir la totalidad, de las inscripciones de fincas urbanas se refieren a este especial tipo de la comunidad de bienes.

La extraordinaria vitalidad de la figura se manifiesta en los diversos aspectos del ámbito jurídico. Por un lado, la profusión y atención de normas que se ocupan de sus problemas; por otro, en los pleitos y controversias que nacen de la aplicación en la práctica de los negocios de aquellas normas y a veces de difícil interpretación.

La bibliografía, por supuesto, es igualmente abundante, dado el gran interés del tema, en la cual se trata de estudiar no ya sólo aspectos doctrinales, sino también, y sobre todo, buscando encontrar soluciones aceptables a los numerosos problemas que se suscitan en la realidad, como consecuencia de los intereses encontrados que se originan en la convivencia dentro de estas comunidades.

Esta es la finalidad que pretende, y consigue, el libro que ahora presentamos, escrito con acierto por el Doctor José Manuel Martín Bernal, Magistrado y Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. La doble cualidad jurisdiccional y profesoral del autor se deja notar en el libro, que contiene una conjunción bien conseguida y armónica de doctrina, legislación y jurisprudencia.

En su presentación nos dice el Profesor Martín Bernal que nos ofrece un compendio de jurisprudencia referido a las comunidades de vecinos, concepto más amplio que el de la pura propiedad horizontal, ya que se refiere también a otras comunidades como veremos. Pero, con antelación a dicha jurisprudencia, y para su mejor comprensión, aporta consideraciones sobre los conceptos e ingredientes que aquélla resuelve, en razón a que el libro se destina no sólo al gremio de juristas, sino también a los que, sin serlo, tienen interés directo en estas comunidades o conviven en ellas.

Por ello no se limita el libro a las cuestiones jurídicas de las comunidades, sino que aborda también otros problemas importantes que les afectan, como la fiscalidad y seguridad y que se relacionan no sólo con la propiedad horizontal propiamente dicha, sino también con otras comunidades especiales que van apareciendo, tales como las urbanizaciones privadas y los llamados conjuntos inmobiliarios, que exigen un cuidadoso estudio.

En cada uno de los capítulos que contiene la obra se acude, tras los conceptos indispensables, a estudiar las normas aplicables y después a la jurisprudencia. Todo ello con un gran sentido práctico, pues una vez aclarada cada figura por separado, a la que se endosa la normativa que le corresponde, se recogen las decisiones jurisprudenciales que han recaído sobre los casos objeto del tema especial que se contempla, con sentencias desde el Tribunal Constitucional, pasando por el supremo y las Audiencias, hasta las Provinciales, con una búsqueda exhaustiva, con lo que el autor consigue un espectro completo de cada cuestión, informando con detalle de la problemática planteada y de las soluciones acordadas.

La obra se compone de 21 capítulos, siguiendo en primer lugar la sistemática de la Ley de Propiedad Horizontal; según ella se estudian los estatutos, los órganos soberanos, representativos y de administración de la comunidad, las cuestiones sobre gastos comunes y obras, los derechos y obligaciones de los condueños, tanto respecto a su parte privativa como la referente a los elementos comunes; y tienen estudio especial los problemas relacionados con los ascensores, calefacción, antenas colectivas y puertas y cerramientos, donde las controversias suelen ser más frecuentes en razón de su mayor uso en la práctica, por lo que han producido abundante jurisprudencia, que en el libro se nos manifiesta con detalle y amplitud.

Igualmente repara el autor con atención en los aspectos procesales que contiene la Ley de Propiedad Horizontal y detalla las cuestiones referentes a las sentencias donde se produce condena a las comunidades de vecinos, con las modalidades y consecuencias de su ejecución.

Los inmuebles urbanos, desde tiempo inmemorial, han estado afectados por impuestos de todas clases; recuérdese el básico *tributum soli* de los romanos y desde entonces hasta ahora no ha parado el fisco de gravar las fincas. El autor recoge toda la retahíla de gabelas que afectan a las comunidades de propietarios. También se configura en la práctica como gasto normal de las comunidades el concepto del seguro, que si bien no es legalmente obligatorio, se considera una carga fija, al menos en su cobertura mínima de incendios y responsabilidad civil del edificio, por lo que también se nos explica sus modalidades y contenido.

El aspecto registral de la propiedad horizontal se contempla en los últimos capítulos del libro, donde el autor recoge, junto a las normas hipotecarias sobre la inscripción y configuración del edificio y los pisos o elementos que lo componen, una completa síntesis jurisprudencial, tanto de sentencias del Tribunal Supremo como de resoluciones de la Dirección General.

Se estudian los supuestos normales y excepciones, la cuestión de si es necesaria o no la aprobación de la junta de propietarios para modificar o dividir pisos o locales, las titularidades *ob rem* y los supuestos de complejos inmobiliarios en construcción o ya construidos; a continuación hace un ensayo sobre como encajan los principios hipotecarios en la Ley de Propiedad Horizontal.

También estudia los supuestos de supracomunidad o subcomunidad, para terminar con el complejo tema de los conjuntos residenciales y las urbanizaciones privadas que, por tener también elementos comunes que mantener y por su regulación estatutaria paralela, fueron llamados gráficamente y con acierto «propiedades horizontales tumbadas» por el Notario de Valencia Sapeña Tomás. Estos conjuntos han motivado numerosas sentencias que han venido a decirnos que más que una figura meramente asociativa, como se pensó al principio, hay una verdadera comunidad de tinte dominical, con sus correspondientes obligaciones.

Una gran ayuda de tipo práctico es que el libro termina incluyendo el texto de las normas de más frecuente aplicación en este mundo de las comunidades de vecinos, empezando por la Ley de Propiedad Horizontal completa y siguiendo por las reglamentaciones especiales de administradores de fincas, ascensores, casillas postales, cédulas de habitabilidad, fiscalidad, reglas sobre minusválidos, pararrayos, piscinas e instalaciones deportivas, televisión y vídeos comunitarios y estaciones radioeléctricas.

Como se ve, un verdadero código o compilación de conceptos básicos, normativa y jurisprudencia de ese espacio «vecinal» en el que casi todos vivimos y que supone una apreciable fuente de información directa, tan útil para juristas como para los que no lo son. Si el autor se había propuesto la finalidad de aportar las necesarias consideraciones sobre los conceptos que la jurisprudencia resuelve en esta materia, repetimos que lo ha conseguido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES: *Estudios Jurídicos del profesor FEDERICO DE CASTRO*. Edición realizada por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con la colaboración de la Fundación Matritense del Notariado. Prólogo de LUIS DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. Madrid, 1997. Dos tomos con 1966 páginas.

Si lo normal es que los buenos maestros dejen huellas apreciables entre sus discípulos, cuando estos maestros, además, sobresalen por su doctrina y humanidad, la huella se hace más profunda, convirtiéndose en escuela que forman sus seguidores. Ellos hacen pervivir el recuerdo del iniciador mediante la continuación de su magisterio. Tal es el caso de don FEDERICO DE CASTRO, maestro de tantas generaciones de buenos juristas españoles que aún siguen sus directrices y que ahora nutren gran número de cátedras universitarias y pueblan las más prestigiosas profesiones jurídicas de nuestra Patria.

A finales del año 1993 se celebraron en el Colegio de Registradores unas conferencias de homenaje al profesor DE CASTRO y el texto de las mismas se recogió en un libro que hace poco hemos comentado y resumido en estas mismas páginas. En su presentación, el entonces Decano del Colegio, JOSÉ POVEDA DÍAZ, decía que la influencia del maestro en la ciencia jurídica ha sido realmente profunda; indudablemente es el mejor jurista español del siglo y ello es palpable en que la mayoría de sus ideas están ya tan asumidas por la doctrina y la jurisprudencia y que se han convertido en acervo común, de forma que ya son «tan de todos» que no se recuerda que proceden de él.

Aquello fue como una especie de preludio. Muchos de los Registradores actuales hemos sido alumnos en la Facultad de Derecho de don FEDERICO y de él recibimos en su día nuestras iniciales nociones iusprivatistas mediante sus clases y por aquel libro inolvidable *Derecho Civil de España*, que tenía como entrada, en llamativos caracteres griegos aquella sentencia: «Es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres», que venía a ser el paradigma y punto central de la concepción iusnaturalista del maestro.

Es lógico, pues, que haya sido el Colegio de Registradores el que haya querido recoger en un solo libro todo el conjunto de estudios y trabajos de don FEDERICO que estaban dispersos por variados lugares de no siempre fácil acceso. La tarea ha sido, sin duda, complicada y muy laboriosa. Pero ha resultado completa y perfecta porque la edición se ha preparado y realizado con especial cariño y dedicación por nuestro compañero y también catedrático MANUEL AMORÓS, como solo él sabe hacerlo, según nos dice con acierto el prologuista Profesor DIEZ-PICAZO.

Que AMORÓS es un perfeccionista, todos lo sabemos, en especial quienes trabajamos a su lado; pero, además, concurre en él la circunstancia de que muestra un gran afecto a la memoria de don FEDERICO y profesa de modo

patente su línea de magisterio. Son ingredientes que, junto con la altura intelectual de AMORÓS, habían de traducirse de modo inapelable en el éxito de la labor realizada, dando como resultado esta obra bien hecha.

Quitando el citado libro, *Derecho Civil de España*, que ha sido objeto de nueva edición, y los trabajos sobre la personalidad jurídica, que también se publicaron separadamente, en estos dos tomos que presentamos se ha recogido la totalidad de la obra de don FEDERICO y que estaba dispersa en varios lugares, especialmente en «su» *Anuario de Derecho Civil* y en otras publicaciones, entre ellas la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, la *Revista de Derecho Privado*, la *Revista Española de Derecho Internacional* y otras varias colecciones, que se citan.

La búsqueda hecha por AMORÓS ha sido minuciosa. Además, una vez obtenido el material, quedaba la dificultad de ordenarlo; se trataba, nada menos, que de un conjunto de setenta y cinco trabajos de diversa entidad y variado contenido y escritos en distintas épocas y bajo concepciones políticas y legislativas bien diferentes. Pero AMORÓS ha superado bien la cuestión adoptando un sistema de ordenación que consideramos acertado. Clasifica los trabajos en cinco grandes grupos, comprendiendo en el primero los estudios monográficos, de contenido prevalentemente teórico. En el segundo grupo recoge los estudios legislativos, donde entran los comentarios a la reforma de aquel artículo 321 del Código Civil que sujetaba a la mujer hasta los veinticinco años y otras reformas legislativas de Francia y Egipto. Las notas bibliográficas, donde el maestro comentaba y criticaba la aparición de libros en el *Anuario* compone el apartado tercero. En el apartado cuarto se ordenan diez extensos y acertados comentarios de jurisprudencia y en el último apartado se incluyen estudios varios entre los que destacan las notas en memoria del Maestro CASTÁN y un discurso de recepción de un académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación.

Dentro de cada uno de los apartados dichos, los trabajos se ordenan cronológicamente, según el lugar de su publicación en las revistas que se citan. Para facilitar la búsqueda del trabajo deseado, al final de la obra hay dos utilísimos índices alfabéticamente ordenados, por materias y autores.

Difícil, casi imposible, distinguir cuáles pueden destacar de entre estos trabajos. En verdad, todos tienen una gran altura científica y una sistemática doctrinal que constituyen un verdadero monumento jurídico, tanto conjunto como uno a uno. Pero sí queremos señalar que nos ha impactado el referente a la cuestión foral, por su profundidad y sensatez. Pero es que, además, nos ha hecho recordar aquellas clases en la Universidad, entonces llamada Central, en el caserón de la calle de San Bernardo, que don FEDERICO explicaba, día a día y sin faltar jamás. Estaba recién acabado el Congreso de Derecho Civil de Zaragoza y la cuestión estaba candente; ahora, al cabo de cincuenta años, hemos leído de nuevo, hemos recordado sus ideas y hemos comparado con la situación actual del problema. Por eso hemos releído este trabajo con emocionada atención, rememorando aquellos tiempos juveniles.

Pero insistimos en que todos los trabajos que ahora se han recogido tienen un gran interés, aunque haya pasado el tiempo y hayan cambiado las circunstancias; su doctrina es lo suficientemente básica como para mantener su vigencia. Con razón sostiene Díez-Picazo en el prólogo que no es del todo válida la idea, cierta o inventada, que se atribuye a un autor que dijo que basta un pequeño cambio en las leyes para tirar por tierra toda una biblioteca. Eso sería olvidar, dice con razón, que en la teoría jurídica hay construcciones

dogmáticas o conceptuales que sobreviven a cualquier mutación legislativa y que, además, explican las nuevas leyes que no podrían entenderse sin tales doctrinas básicas y previas.

Cuando además se trata de obras que son señeras en el pensamiento jurídico, hay que evitar que lleguen a convertirse en simples curiosidades eruditas que sólo podrían encontrarse en las bibliotecas y después de una laboriosa búsqueda y mediando una buena dosis de suerte. Por ello, sean bien venidos los esfuerzos para conseguir que estos trabajos, que no deben perderse ni ser olvidados, sigan vigentes procurando su acercamiento a aquéllos que normalmente desean leerlos.

El Colegio de Registradores, que ha venido realizando una gran labor bibliográfica, reconocida por todos, obtiene un nuevo y gran acierto con la publicación de esta obra por la que nos facilita el conocimiento de las doctrinas de uno de los mejores civilistas de este siglo que se nos acaba.

Por tanto hay que agradecer este esfuerzo editorial y felicitar especialmente al Profesor AMORÓS, que con esta cuidadísima realización pone un broche más en su lúcida tarea al frente del Seminario de Derecho Hipotecario que dirige.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

OZCÁRIZ MARCO, FLORENCIO: *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*. Ed. Bosch, 1997.

La recensión de la obra del doctor FLORENCIO OZCÁRIZ MARCO *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda* ha de comenzar, sin duda, por subrayar la valiosa aportación jurídica que, a través de esta monografía se realiza. El exhaustivo análisis que se efectúa de la obligación de guarda en el contrato de depósito, hace de este trabajo un instrumento eficaz para la práctica jurídica e indispensable para el estudio y comprensión del tema. El profundo conocimiento práctico que el autor tiene de aquel contrato por su dilatada experiencia como asesor jurídico de una entidad de ahorro, unido a la finura jurídica de este estudio, lo dotan de una madurez y originalidad poco comunes. Por todo ello creemos que son indiscutibles logros del autor, tanto la facilidad con que se lee la obra, a pesar de su profundidad, como la claridad con que se brindan las posibles soluciones a los distintos problemas.

La memoria de su tesis doctoral ofrece al autor la base para acometer el estudio del contrato de depósito desde una óptica innovadora: la guarda como obligación principal del depositario. Esta será utilizada como eje alrededor del cual girará toda la obra, con el objeto de llenarla de contenido, frente a la incertidumbre e indefinición legal, proporcionándole cuerpo hasta lograr, al fin, no sólo precisar sus contornos, sino también fijar los límites del depósito respecto de otros contratos en los que la custodia o conservación son actividades comprendidas en la prestación debida. Con esa finalidad se compara aquel contrato con todos aquellos otros en los que se realiza una actividad de custodia sin posesión. Se parte de la obligación de guarda, que servirá como criterio para configurar el depósito, y se termina concluyendo que sin posesión no hay guarda. Con el mismo objeto de delimitar los perfiles de la institución que nos ocupa a través de la obligación principal del depositario, se analiza la esencia del contrato de depósito irregular demostrando que la guarda escapa de esta forma contractual.

Es original en sí el propio punto de partida que se toma para formular el concepto de la guarda, puesto que el autor observa aquélla bajo el prisma del interés del depositante, y es desde la contemplación de ese interés como se conduce el estudio de aquélla a lo largo de toda la obra.

La propia estructura del trabajo es también innovadora, ya que nos adentra de modo inusual en el objeto que se estudia realizando un recorrido exhaustivo y certero por las distintas especies contractuales. Para ello parte de una ya clásica distinción entre los contratos, aquélla que los ordena fijando el criterio diferenciador en que unos llevan aparejada traslación posesoria, mientras que otros no, lo que importa en el estudio que nos interesa ya que solamente entre los primeros cabe el contrato de depósito. Sin posesión no hay guarda y sin guarda no hay depósito pero, aún dentro de aquellos contratos que llevan consigo traslado posesorio, los hay que son traslativos del dominio, mientras que otros no lo son. Normalmente los contratos traslativos del dominio no contemplan la obligación de guarda, porque el propietario conserva el objeto que le pertenece, o por su propio interés, o porque se había obligado a entregar a otro esa cosa de la que es dueño. En este último caso, nos dice el autor, en que una persona está obligada a conservar una cosa de la que tiene el dominio, como ocurre con el vendedor que debe conservar para entregar el objeto vendido, no hay propiamente obligación de guarda, sino la obligación de custodia o de conservación que se establece en el artículo 1 094 del Código Civil. A pesar de todo lo dicho anteriormente, es posible que el dueño de una cosa esté obligado a guardarla, tal como sucede en los casos en que quien ostenta el dominio no tenga derecho a la posesión inmediata, siendo ejemplo de esa situación el caso del nudo propietario que detenta la cosa con obligación de restituirla al usufructuario. Lo importante, en conclusión, y esta es nueva también, no es el hecho de que quien posee tenga el dominio o no, lo que interesa es el concepto por el cual se posea, ya que sólo en los casos en que se posee por distinto concepto del de dueño existe obligación de guardar. Se descubren de este modo al lector a lo largo del estudio incontables contratos en los que, de forma insospechada, la obligación de guarda se encuentra agazapada, ofreciéndose los criterios que, de un modo objetivo, permitan distinguirla con claridad de otras obligaciones más o menos afines. La búsqueda del contenido de la obligación de guarda es el hilo conductor de este trabajo y para encontrar la clave nos indica el autor la necesidad de investigar cuál sea la prestación que produce la entera satisfacción del interés del depositante. Es preciso preguntarse qué busca el depositante al contratar el depósito para saber en qué consiste la obligación de guarda del depositario. Es un hecho que el depósito aparece en nuestros días frecuentemente ligado a otros contratos y que su evolución ha propiciado la aparición de numerosas figuras, algunas las cuales, por contener una obligación de custodiar, conservar o guardar, aparecen con perfiles borrosos y difíciles de precisar con respecto al depósito. Dichos contratos son, en ciertas ocasiones, simples modalidades del anterior que quedan subsumidas en el mismo, pero en otras forman categorías distintas, siendo uno de los más grandes logros de este trabajo, el haber sabido desnudar el contrato de depósito de aquellas vestiduras que lo disfrazan con rasgos propios de otras instituciones, remitiéndonos a su más pura esencia, lo que permite en definitiva clarificar los contornos de la responsabilidad contractual del depositario.

Para conseguir el propósito apetecido, esto es distinguir el depósito de otros contratos que, persiguiendo también como finalidad la custodia de una

cosa, no llevan aparejada la posesión de la misma para su posterior devolución, realiza el autor un estudio riguroso y pormenorizado de las distintas formas contractuales de custodia sin posesión, así como del depósito irregular, y también de los casos en que se traslada la posesión de la cosa con una finalidad distinta de la guarda. La clasificación que propone el autor y que distingue entre aquellos contratos que persiguen la custodia de un bien de aquellos que no tienen tal finalidad permite, a su vez, discriminar tres tipos de contratos dentro de los que persiguen un fin de custodia: los que se llevan a cabo sin desplazamiento posesorio; aquéllos en los que, por razón de ser su objeto fungible, el traslado posesorio conlleva la pérdida dominical del *tradens* con la consiguiente integración del objeto en el patrimonio del receptor; y los conocidos como de depósito, caracterizados porque el depositario ha de llevar a cabo su actividad de guarda en posesión de la cosa pero sin que le sea permitido ninguno de los provechos que la posesión lleva consigo. La anterior distinción, debidamente razonada, conduce a dos conclusiones. La primera es que la obligación de guarda exige la posesión de la cosa sobre la cual recae, requisito éste que, al ser exigido, permite diferenciar el depósito de aquellos contratos en los que se ha de custodiar algo sin poseerlo. La segunda conclusión es que aquella obligación, la de guarda, excede de la mera obligación de conservar, lo que excluye a los contratos en los que se adquiere la propiedad de la cosa, ya que si bien cabe hablar del deber de conservar una cosa propia no se puede decir que se pueda guardar un objeto sino cuando éste es ajeno, a no ser que nos encontremos ante uno de aquellos casos en que el propietario de una cosa no tiene derecho a poseerla.

En la segunda parte de la obra se estudia la guarda elevándola a la categoría de causa, como genuina y principal obligación del depositario, en sí misma considerada y no como simple quehacer accesorio de la obligación de restituir. Se pone el acento en que el contenido esencial del contrato, aquello que el depositario ofrece como prestación al poseedor de una cosa mueble, es la guarda. Se desarrolla de un modo totalmente innovador el hecho de la posesión del depositario, realizando un minucioso examen de todas las prohibiciones que se le imponen, en especial las derivadas de la necesidad de no usar nunca en propio beneficio la cosa depositada, pero razonándose la permisibilidad de un uso de la cosa que estuviera restringido al interés del depositante. Se observa que nace el depósito cuando un poseedor, que puede o no ser propietario, se ve en la necesidad o conveniencia de cesar temporalmente en la posesión de un bien, interesándole que otro lo posea para él y sin renunciar a su derecho de seguir poseyendo en el futuro. Por la obligación de guarda otro cuidará del bien para que continúe en su ser conforme a la propia naturaleza de la cosa y de tal modo que no cese el depositario en la posesión, para que se pueda así consumir el contrato al producirse, finalmente, la restitución.

Se insiste así en el análisis de la obligación de guarda, esta vez en su doble vertiente de obligación de custodia y como obligación de conservación. En su primera faceta se trata de que la cosa no se pierda y no sea sustraída, y en la segunda, la conservación, se abre paso a una amplia gama de actividades, incluida la administración en algunos casos, que conformarán la obligación de guarda en aquellas ocasiones en que la voluntad del depositante lo establezca, la propia naturaleza del objeto depositado así lo exija, o lo impongan los usos sociales. Se estructura sobre estas bases la obligación de guarda como una obligación dinámica, activa, de contenido amplio y elástico, frente

a la concepción clásica que ve la guarda como un mero *tener* pasivamente la cosa hasta que el depositante la reclame, y que no excluye la utilización del objeto por el depositario si su uso redunda en interés del depositante y no en provecho del depositario.

Esta concepción de la guarda permite al autor establecer como conclusión la aplicación de las normas del depósito a supuestos contractuales distintos de éste, pero que imponen una obligación de guarda. Así, propone el autor, de modo similar a lo que ocurre con el mutuo, que se toma como referencia de todos aquellos supuestos contractuales en los que se entrega una cosa fungible con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, el contrato de depósito debe ser la referencia que se aplique, por defecto de otra normativa, a aquellos contratos en los que se entrega una cosa no fungible para un hacer con ella, con obligación de restituir exactamente aquello que se recibió.

Desde esta concepción de la guarda como la obligación principal del depositario, que nace con la entrega de la cosa y que tiene como finalidad hacer posible la restitución, se insiste en que la causa del depósito será, precisamente, la guarda ya que la restitución no justifica en sí misma el interés del depositante en un desplazamiento posesorio. Ello permite que el interés de éste se vea satisfecho con la sola posesión del depositario, pues en el contrato estudiado la guarda es la prestación comprometida por el depositario y, como esa guarda se realiza para el deponente, no se tendrá por cumplida debidamente la prestación si la actividad realizada no culmina con la reposición posesoria en manos del mismo o de quienes sean llamados a recibir la cosa subsidiariamente. La conclusión absolutamente original es que el interés del depositante es propiamente la posesión de la cosa por el depositario, siempre que sea posesión para guardar de la cosa, pues la guarda en el depósito es la propia posesión.

M.^a DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO

MEDINA DE LEMUS, MANUEL: *Don Calixto Valverde, una vocación universitaria*.

Seminario JERÓNIMO GONZÁLEZ. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1998. Un tomo de 334 páginas.

Antes de empezar a exponer la vida y obra del personaje biografiado, se pregunta el autor si el Profesor VALVERDE tuvo una sensibilidad específica por los temas relacionados con el Registro de la Propiedad. Al respecto, nos dice que el Derecho Registral no podía suponer para don CALIXTO una trayectoria más, sino que venía envuelta en el contexto general de su formación civilista. Así, al tratar de poner de relieve las preocupaciones y esfuerzos de los juristas por el idel de la Justicia, se fijaba en el Registrador como ejemplo de cultivo a estos valores, toda vez que ha de mostrar una especial sensibilidad que tiene mucho que ver con la del juzgador, al apreciar los derechos y situaciones que se derivan del título, destilando lo que debe ingresar en el Registro con los pertinentes efectos y desechando todo aquello que resulta incompleto, incorrecto o no idóneo para la registración.

Las ideas registrales contenidas en el Tratado de Derecho Civil del Profesor Valverde son así reunidas, «destilando» igualmente su esencia, en este libro

que presentamos, con el que sigue la serie biográfica del Seminario Jerónimo González. Su autor es MANUEL MEDINA DE LEMUS, Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid, que además de buen civilista es bibliófilo declarado, el cual ha buceado en archivos y bibliotecas para obtener esta excelente biografía del personaje que le ha sido encargada.

Aunque había pocos libros a donde acudir y las fuentes eran bien escasas, como nos comentó cuando ponía manos a la obra, él ha sabido sacar gran provecho y su afanosa búsqueda ha dado como resultado el fruto de una biografía completa y jugosa.

Partiendo de las raíces rurales de su personaje, retrata de mano maestra el ambiente en que hubo de moverse, desde que empezó sus estudios hasta culminarlos llegando a ser Profesor universitario y Rector de la Universidad de Valladolid, con alguna salida esporádica a la política. MEDINA DE LUMUS saca a colación en cada etapa los acontecimientos sociales y políticos contemporáneos que conformaron la historia, un tanto ajetreada, de la España de los finales del siglo XIX y principios del XX, que es cuando transcurre el ciclo vital de don CALIXTO. Con ello, el libro gana en perspectiva y es más completo, pues el lector puede seguir de modo ameno todo el abanico de realizaciones, estudios, trabajos y cargos desempeñados por el biografiado, sin caer en ningún momento en el frecuente cansancio que suele producir una sucesión monótona de acontecimientos un tanto monocordes.

De la exposición biográfica pasa el autor a exponernos la obra jurídica civilista general del Profesor VALVERDE y a los temas específicos que nos interesan. De paso, también toca un tema agrarista; era el maestro, como se dijo, nacido en un ambiente familiar de labradores y por ello, al promulgarse la Ley de Reforma Agraria, la comentó, tratando aquel intento un tanto descabellado de regeneración del campo que abortó por varias causas, entre ellas la guerra. Por eso, no nos detenemos en este punto.

Solo nos centraremos en el estudio que hace MEDINA de la sistemática que siguió don CALIXTO VALVERDE respecto al Derecho Hipotecario, al que incluyó de modo inorgánico en su *Tratado de Derecho Civil* en varias partes separadas. Hay que pensar, nos dice, que en la época en que aquel libro se escribió no estaba aún estructurada la materia registral, ni siquiera se pensaba en que formara un cuerpo de doctrina más o menos autónomo. Así, al hablar de la hipoteca, aprovecha para dar una idea bastante completa de los sistemas registrales francés, australiano y alemán. Y después, al tratar de los derechos reales, estudia la inscripción y se adelanta a teorías posteriores defendiendo la necesidad de que ésta tuviera carácter sustantivo y fuese constitutiva con carácter general y no sólo para la hipoteca. Finalmente, después recoge en su *Tratado* las anotaciones preventivas, la extinción y la rectificación de asientos, los entonces vigentes expedientes posesorios y la organización y modo de llevar el Registro.

Al final del libro se recogen los textos del *Tratado de Derecho Civil* en los que el Profesor VALVERDE exponía estos temas, aunque ya hemos dicho que de modo un tanto disperso y sin tener un tratamiento sistemático adecuado. No obstante, la atención que a él le merecía el Derecho Hipotecario queda revelada en las frases suyas que recoge el Profesor MEDINA: «Tan grande es la importancia que tiene en el Derecho el régimen hipotecario y su reglamentación en las legislaciones, que de él depende el acrecentamiento de la riqueza territorial, el desenvolvimiento del crédito agrícola, la facilidad y libertad de contratación, el establecimiento de las relaciones jurídicas que contienen los

derechos reales y la seguridad y fijeza de la propiedad en sus distintas manifestaciones...». Y sigue diciendo que cada día ofrece mayor interés el estudio y conocimiento del régimen hipotecario, porque si por él se dan garantías a la propiedad y demás derechos reales, es natural que se regule el Registro de la Propiedad para ponerlo en consonancia con las necesidades modernas y con la exigencia de la vida actual que requiere, dada su enorme actividad, que la propiedad circule y se movilice de tal modo que las transmisiones tengan garantía absoluta e infalible a prueba de litigios.

El Profesor MANUEL MEDINA es frecuente colaborador de esta *Revista* y ha escrito varios buenos libros de los que hemos venido dando noticia. Siendo, como lo es, un lector impenitente, es natural que también sea un buen escritor y aquí lo demuestra de nuevo. Las estampas del Valladolid finisecular y los trazos políticos de nuestra historia serían suficientes para recomendar la lectura del libro, garantizando la amenidad. Pero además, la biografía del personaje y el análisis de su obra jurídica son de gran altura y hacen que, efectivamente, se despierte en el lector la curiosidad por los temas tratados. El trabajo de afanoso buscador de bibliotecas ha sido fecundo y como ha sabido reflejarlo muy bien, damos la enhorabuena a nuestro amigo MEDINA DE LEMUS.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 645 (Junio 1998).

«La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones»,
por JUAN MANUEL LLOPIS GINER, pág. 7041.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DERECHOS LEGITIMARIOS: II.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II.2. SENTENCIA FIRME Y POSTERIOR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES: II.2.1. *Sentencia firme de divorcio*. II.2.2. *Sentencia firme de nulidad*. II.2.3. *Sentencia firme de separación*. II.3. MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES UNA VEZ SE HA INICIADO EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO, NULIDAD Y SEPARACIÓN: II.3.1. *En el proceso de divorcio*. II.3.2. *En el proceso de nulidad*. II.3.3. *En el proceso de separación*. II.4. SUPUESTOS ESPECIALES: II.4.1. *La separación de hecho*. II.4.2. *El perdón o la reconciliación*.—III. EL EXCONYUGE Y EL TESTAMENTO DEL PREMUERTO: III.1. EL TESTAMENTO ANTERIOR A LA CRISIS MATRIMONIAL Y QUE NO HA SIDO REVOCADO: III.1.1. *En el testamento figura el cónyuge como legitimario respecto de su cuota*. III.1.2. *El excónyuge fue nombrado heredero o legatario*. III.2. TESTAMENTO POSTERIOR A LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN, NULIDAD O DIVORCIO.—IV. EL EXCONYUGE EN EL LLAMAMIENTO A LA SUCESION INTESTADA.—V. LA DELEGACION DE LA FACULTAD DE MEJORAR.—VI. SUCESIONES ESPECIALES: EL SEGURO DE VIDA.—VII. EL MANTENIMIENTO DE LA PENSION DESPUES DE LA MUERTE DEL EXCONYUGE DEUDOR.

COMENTARIO: Como el título del estudio refleja se examinan diversas situaciones en las que puede encontrarse el jurista ante un supuesto de incumplimiento del negocio jurídico matrimonial, es decir, cuando, como en cualquier otro negocio, se resuelven, se suspenden sus efectos, o, simplemente es declarado inexistente, y los efectos que tienen lugar si uno de los cónyuges fallece.

Si cuando se produce el fallecimiento hay una crisis matrimonial, ésta puede encontrarse en varias fases distintas: en el inicio del procedimiento de separación, nulidad o divorcio; o cuando se ha dictado sentencia definitiva; o, simplemente cuando exista sólo una separación de hecho, en tales casos la situación a indagar son los derechos sucesorios que tiene el sobreviviente en la herencia del causante, es decir, su ex. Hechos que son analizados teniendo en cuenta que la sucesión se encuentra fundada o en la propiedad, o en la familia o en ambas instituciones a la vez. Y bajo el prisma de los preceptos constitucionales relativos al derecho a la herencia (art. 33 CE) y al artículo 39 CE que consagra la protección social, económica y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos. El autor pone de manifiesto la

agravación del tema al haber sido la legislación reformada en varios aspectos a través de distintas leyes especiales, sin tener una visión de conjunto.

El grueso del estudio lo constituye el examen de la situación del excónyuge como posible legitimario en la herencia del premuerto, análisis en el que se pone en relación el momento del otorgamiento de la última voluntad y el proceso de nulidad, separación o divorcio. También se examina el otorgamiento de testamento en momento anterior al inicio de cualquier proceso matrimonial y la situación que puede producirse si después de iniciado, fallece el testador y no ha revocado las disposiciones testamentarias. Entre las diversas situaciones analizadas figura el supuesto en el que en el testamento figure el cónyuge como legitimario respecto de su cuota, cláusula que en los supuestos en que se verifique la crisis matrimonial debe considerarse ineficaz. Analiza también el supuesto de hecho en el que el excónyuge otorga testamento o revoca otros anteriores después de haberse dictado la sentencia en un proceso de crisis matrimonial. Por lo que se refiere a la situación del excónyuge en el llamamiento de la sucesión intestada, cabe decir que no tiene derecho sucesorio alguno ni el excónyuge divorciado, ni el excónyuge cuyo matrimonio fuera declarado nulo.

Por último, con buen criterio se detiene en una serie de cuestiones interesantes como son la delegación al cónyuge sobreviviente de la distribución del tercio de mejora, en relación con la ruptura matrimonial, en cuyo caso no se dará la delegación si existe una sentencia de divorcio, nulidad o separación entre los excónyuges. Sin olvidar, para finalizar, el supuesto de existencia de seguro de vida del causante, el cual no forma parte del caudal relicto pero que puede haber dejado como beneficiario al otro cónyuge, y los problemas que se plantean en relación con la ruptura matrimonial.

«Transmisión de cosa legada mediante representante», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, pág. 7075 (sin sumario).

COMENTARIO: En este artículo el autor procede al estudio de la institución civil del legado de cosa concreta y determinada, sus posibles causas de revocación, en particular a través de su enajenación, la delimitación de la suficiencia de poderes para enajenar bienes previamente legados y, finalmente, el ámbito de la calificación registral de tales situaciones.

Concretamente analiza la enajenación de cosa legada mediante apoderado, para lo cual se requiere el otorgamiento de un poder especial al efecto, de forma que siendo el poder meramente general la enajenación no determinará la consecuencia de la revocación del legado y la paralela eficacia de la venta celebrada, sino que el legado mantendría su propia vigencia y eficacia por no cumplirse el presupuesto en que basa el efecto revocatorio el artículo 869 2 del Código Civil que no es otro que el de la voluntad presunta o tácita del testador de dejar sin efecto la manda. Todo ello teniendo en cuenta que el requisito esencial es la voluntariedad de la enajenación hecha por el testador, principio básico en materia sucesoria y que enlaza con el carácter personalísimo de los actos testamentarios, con referencias a determinados supuestos de enajenaciones inválidas que carecen de eficacia revocatoria. Afirmaciones realizadas por el autor que son contrastadas con las opiniones de la doctrina científica, con la jurisprudencia, sin olvidar la doctrina emanada de las Resoluciones de la DGRN

En cuanto a la cuestión del alcance de la calificación en materia de documentos notariales en casos de fraude de ley, consecuencia de las extralimitaciones en los usos y aplicaciones concretas que se hacen de las facultades concedidas en un poder general, el autor pone de manifiesto como el Registrador puede conocer, y, consiguientemente calificar, precisamente en base a la interpretación contextual, a la documentación que obra en el Registro, o simplemente de la que se adjunta a fin de emitir dicha calificación.

«Efectos de la retroacción de la quiebra sobre hipotecas inscritas a favor de algunas entidades financieras», por JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO, pág. 7097 (sin sumario).

ACTUALIDAD CIVIL

Número 15 (1998)

«Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, pág. 319.

SUMARIO I. ABSTRACT.—II. ADELANTO DE LAS CONCLUSIONES.—III. EL OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO ES ESTUDIAR TODO LO QUE SOBRE EL TEMA O RELACIONADO CON EL HAN DICHO, COMO FUNDAMENTO DEL FALLO O NO, O IMPLICAN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. EL TEMA DE SI LA ESCRITURA DE VENTA SIMULADA SIRVE PARA CUBRIR LA FORMA DE LA DONACION DISIMULADA Y LA SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1932.—V. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR FAVORABLE A NO SERVIR LA ESCRITURA DE VENTA PARA FORMA DE LA DONACION.—VI. TAMBIEN SIRVE DE APOYO A MI TESIS LA JURISPRUDENCIA QUE NIEGA LEGITIMACION PARA IMPUGNAR LA DONACION SIMULADA AL HEREDERO VOLUNTARIO DEL DONANTE.—VII. LA JURISPRUDENCIA FAVORABLE A QUE LA ESCRITURA DE VENTA SIMULADA SIRVA DE FORMA PARA LA DONACION DISIMULADA.—VIII. BALANCE DE LA JURISPRUDENCIA.—IX. COMO JUEGA EN EL TEMA DE QUE VALGA O NO LA ESCRITURA DE VENTA PARA LA DONACION, EL HECHO DE QUE ESTA SEA REMUNERATORIA O PURA.—X. LA FORMA INVENTADA Y LA FORMA INNecesaria.—XI. LA DONACION MIXTA DE PURAMENTE LIBERAL Y DE REMUNERATORIA.—XII. CONCLUSION.

NUMERO 16 (1998)

«Los contratos atípicos», por M^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, pág. 345.

SUMARIO: A) LA AUTONOMIA PRIVADA: 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA 2. CONCEPTO. 3. LA AUTONOMIA PRIVADA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 4. LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA.—B) LOS CONTRATOS ATIPI-

COS: 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. 2. DENOMINACIÓN. 3. CONCEPTO. 4. REGULACIÓN. 5. CONTRATOS ATÍPICOS RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA.

NUMERO 17 (1998)

«Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», por ANA DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 363.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCEROS: A) LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. B) LOS DERECHOS REALES LIMITADOS COMO TÍTULO JURÍDICO DE OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA Y LA ATRIBUCIÓN DE SU USO EN UN PROCESO MATRIMONIAL. C) LAS CESIONES GRATUITAS DE UN INMUEBLE EFECTUADAS POR FAMILIARES DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES Y LAS CRISIS MATRIMONIALES: EL PRECARIO Y EL COMODATO.—III. LA VIVIENDA FAMILIAR PERTENECE EN PROPIEDAD A LOS CONYUGES: A) TITULARIDAD DOMINICAL DE UNO SOLO DE LOS ESPOSOS. B) AMBOS CÓNYUGES SON PROPIETARIOS DE LA VIVIENDA FAMILIAR: a) *El ejercicio de la acción de división y el derecho de uso*; b) *La incidencia del derecho de uso de la vivienda familiar en la práctica de las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales*.

NUMERO 18 (1998)

«La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral», por FRANCISCO-ANTONIO BELLÓN MOLINA, pág. 391.

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. LA OBJETIVACION DE LA RESPONSABILIDAD. CARACTER Y CONTENIDO DE LA PRESUNCION CONTENIDA EN EL ARTICULO 9.3 DE LA LEY ORGANICA 1/1982.—III. CRITERIOS LEGALES DE VALORACION DEL DAÑO MORAL: 1. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO. 2. GRAVEDAD DE LA LESIÓN EFECTIVAMENTE PRODUCIDA, Y DIFUSIÓN O AUDIENCIA DEL MEDIO A TRAVÉS DEL QUE SE HAYA PRODUCIDO LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. 3. EL BENEFICIO OBTENIDO POR EL CAUSANTE DE LA LESIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA MISMA.—IV. LA FUNCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MORAL EN LA LEY ORGANICA 1/1982: 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. 2. POSTURAS DOCTRINALES: 2.1. *En general*. 2.2. *En relación con la Ley Orgánica 1/1982*. 3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. 4. PERCEPCIÓN DE LA CUESTIÓN POR EL LEGISLATIVO Y EJECUTIVO. 5. CONCLUSIÓN. INEFICACIA DEL CRITERIO «BENEFICIO OBTENIDO» POR LA FALTA DE ACEPTACIÓN DE LA VERTIENTE PUNITIVA DE LA INDEMNIZACIÓN Y LA INCOMPRESIÓN DEL CONTENIDO DE LAS ACCIONES DIMANANTES DE LA LEY ORGANICA 1/1982. NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL.

NUMERO 19 (1998)

«Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA, pág. 427.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SITUACIONES DE RIESGO DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA.—III. LA SITUACION DE DESAMPARO DE LOS MENORES EXTRANJEROS: 1. LA TUTELA ADMINISTRATIVA AUTOMÁTICA POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS: a) *El régimen general: artículos 9.6.1 del Código Civil y 1 de la LPJM*; b) *El Convenio de la Haya de 1961 sobre competencia de autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores*. 2. LA GUARDA ASISTENCIAL DE MENORES: a) *La integración de la guarda asistencial dentro del artículo 9.6 del Código Civil*; b) *Las medidas provisionales en el Convenio de la Haya de 1961*. 3. EL ACOGIMIENTO: a) *Acogimiento familiar simple*; b) *Acogimiento familiar permanente*; c) *Acogimiento familiar preadoptivo*.—IV. CUESTIONES DE DERECHO DE LA NACIONALIDAD Y DE LA EXTRANJERIA.

NUMERO 20 (1998)

«Reconocimiento de la filiación no matrimonial», por JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, pág. 453.

SUMARIO: INTRODUCCION —I. LA DETERMINACION LEGAL DE LA FILIACION: a) EL RECONOCIMIENTO: a') *Ante el encargado del Registro*; b') *En testamento*: a») Testamento que precisa la intervención de Notario; b») Testamento ológrafo, c») Otras formas testamentarias; d») En otro documento público. b) LA RESOLUCIÓN; c) SENTENCIA FIRME; d) RESPECTO DE LA MADRE.—II. SITUACIONES ESPECIALES: a) MENORES E INCAPACES: I'. *Menores*: a) Regla general; b) Especialidades: 1. Menor que no ha cumplido aún los catorce años. 2. Menor con catorce años. II'. *Cuando se trata de incapaces*: b) Del menor o incapacitado; c) Del mayor de edad; d) Del ya fallecido; e) Del hijo incestuoso; f) Reconocimiento unilateral.—III. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO
Y MEDIO AMBIENTE

Número 161 (Abril-Mayo 1998)

«La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», por LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LOS MOTIVOS DE LA ESCASA INCIDENCIA CUANTITATIVA DE LA LEY 6/98, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES, EN LAS NORMAS COMPLEMENTARIAS AL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—2. LAS MODIFICACIONES

NES INTRODUCIDAS POR LA LEY 6/98 Y EL REFLEJO REGISTRAL DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS: A) ASPECTOS GENERALES. B) ESPECIAL ALUSIÓN A LA EXPROPIACIÓN A CAMBIO DE FINCA FUTURA Y A SU REFLEJO REGISTRAL.—3. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 21.1 DE LA LEY 6/1998: A) LAS RAZONES QUE INDUCEN A PENSAR QUE LA LEY 6/98 CONSIDERA INSCRIBIBLE EL COMPROMISO DERIVADO DE UN CONVENIO URBANÍSTICO. B) LAS RAZONES QUE INCLINAN A RECHAZAR LA POSIBILIDAD DE INSCRIBIR LOS COMPROMISOS DERIVADOS DE CONVENIOS URBANÍSTICOS: b.1) *Observaciones preliminares en relación con el concepto de compromiso utilizado por el legislador*; b.2) *Los argumentos que se oponen a la operatividad de la subrogación «ex lege» cuando los compromisos tienen naturaleza contractual*: b.2.1) La eficacia meramente obligatoria o inter-partes del contrato y los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil; b.2.2) La relevancia de la persona del deudor en los compromisos contractuales y el artículo 1.205 del Código Civil; b.2.3) La propia redacción de los preceptos reguladores de la subrogación «ex lege» en materia urbanística; b.2.4) La inexistencia de previsiones específicas para la inscripción de los compromisos derivados de convenios urbanísticos en las NCRH; b.2.5) Argumentos contra la subrogación «ex lege» según el contenido concreto de los compromisos asumidos convencionalmente por el propietario b.3) *La interpretación de los nuevos datos normativos según la tesis que rechaza la aplicación de la subrogación «ex lege» a los compromisos derivados de un convenio*. b.3.1) La legislación autonómica sobre convenios urbanísticos y la competencia estatal para regular las «Bases de las obligaciones contractuales»; b.3.2) La nueva redacción del artículo 21.1 de la Ley 6/1998 tampoco impone la necesidad de entender que los compromisos contractuales sean inscribibles y trasladables a los adquirentes. C) RECAPITULACIÓN ACERCA DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 21.1 DE LA LEY 6/98 c.1) *Los compromisos derivados de convenios urbanísticos ni se inscriben ni son trasladables a los adquirentes*, c.2) *Los compromisos no contractuales y la difícil interpretación de los requisitos establecidos por el artículo 21.1 para que opere la subrogación «ex lege»*; c.3) *Inaplicabilidad de las exigencias contempladas en el artículo 21.1 en relación con los compromisos derivados de la aplicación de los sistemas de compensación y cooperación*, c.4) *Declaración de obra nueva*

- «Las valoraciones en la nueva Ley del Suelo», por FRANCISCO GARCÍA ERVITI, pág. 57 (sin sumario).
 «El régimen transitorio del suelo en la Ley 6/1998, de 13 de abril», por JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA, pág. 89 (sin sumario).
 «Incidencia práctica de la nueva Ley en los instrumentos de planeamiento y de equidistribución en los períodos general y transitorio», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 115

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. LA UNIDAD LEGISLATIVA DEL RÉGIMEN DEL SUELO Y DE LA ORDENACIÓN URBANA EN LA LEY DEL SUELO DE 1956. 1.2. LA TÉCNICA DE LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO PARA ESTABLECER LOS DISTINTOS RÉGIMENES JURÍDICOS DE LA PROPIEDAD. 1.3. LA CARENCIA DE COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE PLANEAMIENTO Y GESTIÓN URBANÍSTICA. 1.4. LA LS98 CAMBIA EL MODELO DE DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO IMPERANTE EN LA LS92. 1.5 LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LA LS98 1.5.1. *Descripción general de las clases de suelo*. 1.5.2 *Ade-*

lanto de los principales aspectos de la clasificación del suelo.—2. INCIDENCIA EN EL PLANEAMIENTO EN EL PERIODO GENERAL: 2.1. INCIDENCIA EN EL SUELO URBANO. 2.1.1. *Concepto de suelo urbano.* 2.1.2. *Categorías.* 2.1.3. *Carácter.* 2.1.4. *Derechos de los propietarios.* 2.1.5. *Deberes de los propietarios.* 2.1.6. *Las técnicas urbanísticas de equidistribución.* 2.1.7. *La posible mutación del suelo urbano consolidado por la urbanización en suelo urbano sin urbanización consolidada.* 2.2. INCIDENCIA EN EL SUELO NO URBANIZABLE: 2.2.1. *Concepto de suelo urbanizable.* 2.2.2. *Carácter.* 2.2.3. *Categorías.* 2.2.4. *Derechos de los propietarios.* 2.3. INCIDENCIA EN EL SUELO URBANIZABLE: 2.3.1. *Concepto de suelo urbanizable.* 2.3.2. *Carácter residual.* 2.3.3. *Categorías.* 2.3.4. *Derechos de los propietarios.* 2.3.5. *Deberes de los propietarios.* 2.3.6. *Desarrollo.* 2.3.7. *La equidistribución.*—3. INCIDENCIA DIRECTA DE LA LS98 SOBRE EL PLANEAMIENTO GENERAL EN EL PERIODO TRANSITORIO: 3.1. LA NECESARIA ADAPTACIÓN DEL PLANEAMIENTO GENERAL VIGENTE. 3.2. TABLA DE EQUIVALENCIAS TRANSITORIAS DE LAS CLASES DE SUELO. 3.3. CONSECUENCIAS DE LA EQUIPARACIÓN SUSTANTIVA HECHA POR LA LS98 EN EL SUELO URBANO: 3.3.1. *La dificultad de apreciar en el periodo transitorio los suelos urbanos consolidados o no por la urbanización.* 3.3.2. *Incidencia en el suelo urbano consolidado por la urbanización.* 3.3.3. *Incidencia en el suelo urbano sin urbanización consolidada.* 3.4. EN EL SUELO NO URBANIZABLE. 3.4.1. *La apreciación de las categorías de especial protección y preservado.* 3.5. INCIDENCIA EN LOS SUELOS URBANIZABLE Y APTO PARA URBANIZAR: 3.5.1. *Incidencia en el desarrollo.* 3.5.2. *Incidencia de la disminución del porcentaje de cesión de aprovechamientos.* 3.5.3. *El deber de ejecutar las obras de conexión por los particulares.* 3.5.4. *La participación de la Administración en los costes de urbanización.* 3.5.5. *Otros derechos afectados.* 3.6. INCIDENCIA DE LA REVERSIÓN EN LAS ÁREAS DELIMITADAS PARA INCREMENTO DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO.—4. INCIDENCIA EN EL PLANEAMIENTO GENERAL EN TRAMITACION.—5. INCIDENCIA EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA: 5.1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN URBANÍSTICA: 5.1.2. *Previsiones de la LS98.* 5.1.3. *Los mecanismos de obtención de terrenos dotacionales.* 5.2. INCIDENCIA EN EL PLANEAMIENTO EN EJECUCIÓN: 5.2.1. *En los procedimientos de distribución de beneficios y cargas.* 5.2.2. *En los expedientes expropiatorios.*

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Número 52 (Enero-Abril 1998)

«Los fundamentos constitucionales del Estado», por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 11.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. CONSTITUCIÓN ESCRITA, RÍGIDA Y SUPERIOR A LAS LEYES Y OTROS ACTOS DEL ESTADO. 2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA. 3. FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. 4. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.—II. ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL ESTADO: 1. MONARQUÍA PARLAMENTARIA. 2. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. 3. ESTADO DESCENTRALIZADO. 4. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

«El derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*», por ALESSANDRO PACE, pág. 33.

SUMARIO: I. CARACTERISTICAS FUNCIONALES Y SUSTANCIALES DE LAS COMUNICACIONES DE MASAS.—II. LOS TRES FRENTES SOBRE LOS QUE OPERA EL ATAQUE A LA IMAGEN. EL ATAQUE A LA PRIVACIDAD.—III. EL ATAQUE A LA IMAGEN. EL VALOR AUTONOMO TUTELADO EN EL ARTICULO 2 DE LA CONSTITUCION ITALIANA, EN EL ARTICULO 10 DEL CODIGO CIVIL, Y EN LOS ARTICULOS 97 y 98 DE LA LEY 633/1941. LA TUTELA DEL HONOR.—IV. EL ATAQUE A LA PROYECCION SOCIAL DE LA IMAGEN. EL LLAMADO DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.—V. EL DIFICILISIMO, SI NO IMPOSIBLE, REEQUILIBRIO JUDICIAL DE LA INFERIORIDAD DEL SUJETO PERJUDICADO CON RESPECTO A LA EMPRESA DE COMUNICACION DE MASAS.

«Los Derechos forales como Derechos históricos», por MIGUEL HERRERO DE MIÑON, pág. 53.

SUMARIO: I. HISTORICIDAD Y NORMATIVIDAD EN LA CONSTITUCION.—II. LA CUESTION FORAL HASTA LA CONSTITUCION DE 1978.—III. INTERPRETACIONES FORALISTAS Y REGIONALISTAS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.—IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—V. EL GIRO HISTORICISTA DE LA JURISPRUDENCIA.—VI. LA POSICION HISTORICISTA DE LOS LEGISLADORES AUTONOMICOS.—VII. LA DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO.—VIII. LA FUERZA NORMATIVA DE LOS HECHOS.—IX. LA TERRITORIALIZACION COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACION.—X. CONCLUSIONES.

«Responsabilidad política y responsabilidad penal», por JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONTROL POLITICO Y CONTROL JUDICIAL: LA INTERSECCION DE LOS PODERES DEL ESTADO: 1. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA COMO CIVILIZACIÓN DE LA POLÍTICA. 2. EL SUJETO ACTIVO DE LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA. 3. EL OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA. 4. EL EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA: EL CESE COMO SANCIÓN.—III. DE LA RESPONSABILIDAD POLITICA A LA RESPONSABILIDAD PENAL: 1. LOS FACTORES JURÍDICO Y POLÍTICO EN LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA. 2. LA RELACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD POLÍTICA Y PENAL. 3. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: EL DESPLAZAMIENTO DE LO PARLAMENTARIO A LO JUDICIAL. 4. EL ESPACIO DE CHOQUE ENTRE POLÍTICA Y JUSTICIA: JUZGADOS Y COMISIONES DE INVESTIGACIÓN.—IV. DESPARLAMENTARIZACION, JUDICIALIZACION Y PENALIZACION DE LA POLITICA.

«Decreto-ley y financiación de las Comunidades Autónomas: Comentario crítico al RDL 7/1997, de 14 de abril», por ANA CARMONA CONTRERAS, pág. 111

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DE LA RESERVA DE LEY ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 13.4 DE LA LOFCA: 1. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ACTUAL. LA GENÉRICA EXCLUSIÓN DE LOS PRODUCTOS LEGALES NO PROVENIENTES DEL PARLAMENTO. 2. EL ARTÍCULO 13.4 LOFCA. LA CONCRETA EXCLUSIÓN DE LAS NORMAS LEGALES NO PROVENIENTES DEL PARLAMENTO. 3. BREVE *EXCURSUS* CRÍTICO. LA PRÁCTICA HABITUAL DE RECOGER LOS PORCENTAJES DE PARTICIPACIÓN EN LAS LEYES DE PRESUPUESTOS ¿CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE LA RESERVA DE LEY?—III. VULNERACION ESPECÍFICA DE LA PROHIBICIÓN DE NO AFECTAR AL RÉGIMEN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 86.1 CE: 1. EL ENTENDIMIENTO DE LA EXPRESIÓN «RÉGIMEN DE LAS CC.AA.» POR EL TC. 2. ¿FORMA PARTE EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA DE DICHO RÉGIMEN? 3. ¿SE PRODUCE AFECTACIÓN EN ESTE CASO?: 3.1. *Consideraciones genéricas en torno al alcance del término «afectar».* 3.2. *Su percepción por la jurisprudencia constitucional.* 3.3. *¿Incide directamente el RDL 7/1997 en el ejercicio de las competencias autonómicas?*

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 99 (Enero-Marzo 1998)

«Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria», por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 9

SUMARIO: UN CLIMA DE COOPERACION INTERNACIONAL.—EL ESTADO COMUNITARIO.—EL ALCANCE DE LA TRANSFORMACION COMUNITARIA DEL ESTADO.—LA DESCENTRALIZACION DEL ESTADO. ESTADO DESCENTRALIZADO Y UNION EUROPEA.—ACCESO DIRECTO DE LAS REGIONES AL ESCENARIO EUROPEO.

«¿Brecha en el molde americano? Candidatos de terceros partidos en las elecciones presidenciales norteamericanas de 1996», por YOLANDA CASADO RODRÍGUEZ, pág. 23

SUMARIO: 1. LA PERDURABILIDAD DEL BIPARTIDISMO —2. TERCEROS PARTIDOS Y PARTIDOS MINORITARIOS EN AMERICA: FACTORES DE LA EMERGENCIA Y DECLIVE.—3. CANDIDATURAS MAS SIGNIFICATIVAS DE TERCEROS PARTIDOS A LA PRESIDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS: A) POPULISTS Y PROGRESSIVES. B) LOS DIXICRATS Y EL AMERICAN INDEPENDENT PARTY: G. WALLACE Y LA DIVISION RACIAL.—4. LAS ELECCIONES DE 1996: PRINCIPALES CARACTERISTICAS Y CANDIDATOS DE TERCEROS PARTIDOS: 1. DE 1992 A 1996: R. PEROT Y EL REFORM PARTY. 2. RALPH NADER Y EL GREEN PARTY 3. HARRY BROWE Y EL LIBERTARIAN PARTY.—CONSIDERACIONES FINALES.

«Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden Estrategia y resultante social en Latinoamérica», por FRANCISCO J. PALACIOS ROMEO, pág. 59.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. PERMANENTE PRESENCIA DEL LIBERALISMO. EL DISCURSO HAYEK.—2. EL VIEJO-NUEVO ORDEN MUN-

DIAL DESCONSTRUCTIVISTA —3. EL ESPACIO LATINOAMERICANO:
3.1. EL PLAN BRADY, PIEZA ESTRATÉGICA DEL MODELO HEGEMÓNICO. EL MECANISMO
TÉCNICO DEL NEOLIBERALISMO 3.2 NEOLIBERALISMO EN SU CONSECUENCIA SOCIAL.—
CONCLUSIONES.

«El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico-constitucional italiano»,
por CARLOS FERNÁNDEZ DELGADO, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA NORMATIVA DE LA REPUBLICA
ITALIANA SOBRE SECRETOS DE ESTADO ANTERIOR A LA APROBA-
CION DE LA LEY DE 1977: A) LA LEGISLACIÓN DEL RÉGIMEN FASCISTA SOBRE
SECRETOS DE ESTADO. B) SU SUBSISTENCIA DESPUÉS DE LA PROMULGACIÓN DEL TEXTO
CONSTITUCIONAL DE 1947. C) ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN MÁS RELE-
VANTES DE ESA NORMATIVA. D) LA DOCTRINA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ESTA
ÉPOCA.—III. LA LEY 24 DE OCTUBRE DE 1977 SOBRE INSTITUCIONES
Y ORDENAMIENTO DEL SERVICIO DE INFORMACION Y SEGURIDAD
Y NORMATIVA DEL SECRETO DE ESTADO (LSE): A) INTRODUCCIÓN.
B) CONCEPTO Y NATURALEZA DEL SECRETO DE ESTADO. C) EL CONTROL PARLAMEN-
TARIO DEL SECRETO DE ESTADO. D) SECRETO DE ESTADO Y PROCESO PENAL E) LOS
SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y SEGURIDAD.—IV CONCLUSION.

«Castelar y la República posible. El republicanismo del sexenio revoluciona-
rio, 1868-1874», por JORGE VILCHES GARCÍA, pág. 133.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. EL LIBERALISMO DEMOCRATICO EN EL
PENSAMIENTO CASTELARINO.—2. LA REVOLUCION LIBERAL ESPA-
ÑOLA PARA CASTELAR.—3 1868 EL FINAL DE LA REVOLUCION LI-
BERAL ESPAÑOLA.—4. EL REVOLUCIONARISMO Y EL PARTIDO FE-
DERAL PIMARGALLIANO.—5. CONSTRUCCION Y DESTRUCCION DE
LA REPUBLICA DE 1873 —6. LA POLITICA DE CASTELAR EN LA REPU-
BLICA.—7. CONCLUSION.

«Presidencialismo *versus* Parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos», por
DIETER NOHLEN, pág. 161.

SUMARIO: EL GOBIERNO COMPARADO: EVIDENCIAS TEORICAS Y EMPI-
RICAS.—CAUSALIDAD Y PRONOSTICO.—ESQUEMAS RIGIDOS Y CON-
TEXTOS HISTORICOS —BALANCE FINAL.—BIBLIOGRAFIA.

«Algunas consideraciones sobre el control de las actas electorales en el dere-
cho comparado y en la historia constitucional española», por JAVIER PARDO
FALCÓN, pág. 175.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LAS MODALIDADES DE CONTROL DE LAS
ACTAS ELECTORALES EN EL DERECHO COMPARADO: I.1. EL CONTROL
PARLAMENTARIO. I.2. EL CONTROL JURISDICCIONAL. I.3. EL CONTROL MIXTO. I.4. LA
NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL DE LAS ACTAS ELECTORALES.—II. EL CONTROL

DE LAS ACTAS ELECTORALES EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA HASTA LA CONSTITUCION DE 1978: II.1. EL CONTROL DE LAS ACTAS DE LOS PARLAMENTARIOS COMO FACULTAD NATURAL DE LAS CÁMARAS (1812-1907). II 2. LA INTRODUCCIÓN DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL CONTROL DE LAS ACTAS ELECTORALES: LA LEY ELECTORAL DE 8 DE AGOSTO DE 1907. II.3. EL REGRESO AL SISTEMA TRADICIONAL: EL CONTROL DE LAS ACTAS ELECTORALES EN LA II REPÚBLICA.

«La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas», por ANTONIO LÓPEZ CASTILLO, pág. 189.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCION.—II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACION ANTE EL TC: 1. FUNCIÓN Y ALCANCE DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 2. UN COMENTARIO ACERCA DE LA PRIMERA REFORMA (IUSCOMUNITARIAMENTE CONDICIONADA) DE LA CONSTITUCIÓN EN ESPAÑOLA.—III. LA PLENA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO ANTE EL TC: 1. DE LA OBSERVANCIA DE LA PLENA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO POR PARTE DEL TC. 2. DE LA GARANTÍA DE LA PLENA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO POR PARTE DEL TC. 3. DE LOS LÍMITES A LA PLENA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC; EN PARTICULAR, EN ATENCIÓN A LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. A MODO DE CONCLUSION.

«El fortalecimiento de las relaciones entre la Unión Europea y América Latina: nuevas perspectivas para una PESC global, coherente y autónoma», por JOSÉ JAVIER J. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 217.

SUMARIO: RESUMEN.—1. LA POLITICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMUN DE LA UNION EUROPEA Y LAS RELACIONES CON AMERICA LATINA.—2. SOBRE EL BALANCE DE LAS RELACIONES ENTRE LA UNION EUROPEA Y AMERICA LATINA —3. SOBRE LAS ESTRATEGIAS PROPUESTAS POR LA COMISION PARA UNA ASOCIACION MAS PROFUNDA CON AMERICA LATINA: 3.1. NECESIDAD DE UN DIÁLOGO POLÍTICO REFORZADO. 3.2. REALIZACIÓN DE PROGRESOS EN LOS SECTORES DEL LIBRE COMERCIO Y DE LA INTEGRACIÓN 3.3. CONCENTRACIÓN DE LA COOPERACIÓN CON AMÉRICA LATINA EN TORNO A TRES EJES PRIORITARIOS Y A TRES TEMAS TRANSVERSALES DE INTERÉS COMÚN. 3 4. OTROS ASPECTOS DE LAS RELACIONES UNIÓN EUROPEA-AMÉRICA LATINA.

«Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)», por GORAN ROLLNERT LIERN, pág. 227.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CLARIFICACION TERMINOLOGICA. LIBERTAD IDEOLOGICA, LIBERTAD DE PENSAMIENTO, LIBERTAD DE CONCIENCIA —III. LA IDEOLOGIA COMO OBJETO DE LA LIBERTAD IDEOLOGICA. ACEPTACION CONSTITUCIONAL.—IV. DELIMITACION CONCEPTUAL DE LA LIBERTAD IDEOLOGICA. UN ENSAYO DE SINTESIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 1. SU RELACIÓN CON LOS VALORES SUPERIORES DE LIBERTAD Y PLURALISMO POLÍTICO. 2. BIDIMENSIONALIDAD Y MANIFESTACIONES EXTERNAS. 3. SUJETOS Y CONTENIDO DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA: LA

POSICIÓN JURÍDICA DEL ESTADO. 4. LOS LÍMITES DE SU DIMENSIÓN EXTERNA: LA TEORÍA GENERAL DE LA STC 120/1990.—V. CONCLUSION FINAL.

«La reiteración de los decretos-leyes en Italia y su análisis desde el ordenamiento constitucional español», por RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA REITERACION DE LOS DECRETOS-LEYES EN ITALIA. CONCEPTO Y CAUSAS.—3. LAS DUDAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REITERACION DE LOS DECRETOS-LEYES EN ITALIA.—4. LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y LA REITERACION DE LOS DECRETOS-LEYES.—5. EL REGIMEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE LOS DECRETOS-LEYES Y SU REITERACION.—6. CONCLUSIONES.

«La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal», por JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO.

SUMARIO: I. A MODO DE PRESENTACION LA SUPLETORIEDAD EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—II. PLENITUD ORDINAMENTAL E INTEGRACION DEL DERECHO AUTONOMICO.—III. CONTINUIDAD Y RENOVACION DEL DERECHO ESTATAL.—IV. LA STC 61/1997 Y LA PETRIFICACION DEL DERECHO ESTATAL.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)», por MARÍA ANGELES MARTÍN VIDA, pág. 303 (sin sumario).

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 2 (1998)

«El arbitraje en las sociedades mercantiles», por ELÍAS CAMPO VILLEGAS, pág. 9

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LA CLAUSULA COMPROMISORIA ESTATUTARIA: A) ASPECTO OBJETIVO. B) ASPECTO SUBJETIVO: 1. *La propia sociedad.* 2. *Los herederos del socio.* 3. *Los administradores.* 4. *Los nuevos socios.* C) ASPECTOS FORMALES: 1. *La expresión de la obligación de cumplir la decisión arbitral del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje.* 2. *La modificación estatutaria como forma de introducir la cláusula arbitral.*—III. LAS RELACIONES JURIDICAS Y LOS TEMAS ARBITRALES: A) IDEAS GENERALES. B) IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES: 1. *El límite de la libre disposición.* 2. *Las normas imperativas en el arbitraje.* 3. *La pretendida competencia exclusiva de la Jurisdicción ordinaria como causa excluyente de la arbitralidad:* a) El artículo 22 de la LOPJ; b) El artículo 118 de la Ley de S.A.;

c) El artículo 119 de la Ley de S.A.; d) El silencio de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 4. *El problema del orden público*. 5. *Los intereses de los terceros*.

«La certificación de acto presunto ante la reforma de la Ley 30/1992», por VICENÇ AGUADO I CUDOLA, pág. 351.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA INTRODUCCION POR LA LEY 30/1992 DE LA CERTIFICACION EN EL REGIMEN JURIDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.—II. LA CERTIFICACION: REQUISITO DE PERFECCION Y DE EFICACIA DEL DENOMINADO ACTO PRESUNTO: 1. LA SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN Y DENUNCIA DE LA MORA: UNA PERSPECTIVA DE COMPARACIÓN 2. LA CERTIFICACIÓN DE ACTO PRESUNTO COMO DOCUMENTO PÚBLICO. 3. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA EMITIR LA CERTIFICACIÓN: 3.1. *La prohibición de delegar la expedición de certificaciones*. 3.2. *La emisión de certificaciones en el caso de órganos colegiados*. 4. EL CONTENIDO FORMAL DE LA CERTIFICACIÓN Y SU AJUSTE CON LA REALIDAD: POSIBLES VÍAS DE IMPUGNACIÓN. 5. LA EVENTUAL PEVI-VENCIA DE LA DENUNCIA DE LA MORA EN ALGUNOS PROCEDIMIENTOS SECTORIALES. 6. LA POSIBLE EXIGENCIA DE CERTIFICACIÓN EN VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. 7. LA CERTIFICACIÓN Y LA VÍA DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO DE LA LEY 62/1978.—III. EL PROBLEMA DE LAS DENOMINADAS RESOLUCIONES TARDIAS.—IV. DE «LEGE FERENDA»: ¿DEBE SUPRIMIRSE LA CERTIFICACION DE ACTO PRESUNTO?

«Libertad de expresión del abogado y derecho de defensa», por EUDALD VENDRELL FERRER, pág. 429

SUMARIO: I. LA SENTENCIA: a) RESUMEN DE LOS HECHOS; b) TESIS DE LOS RECURRENTES Y DEL MINISTERIO FISCAL EN AMPARO; c) FALLO DEL RECURSO.—II. COMENTARIO A LOS FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA.—III. DOCTRINA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESION EN EL EJERCICIO DE LA DEFENSA LETRADA.—IV. CONCLUSION.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Números 7 al 12 (Julio-Diciembre 1995)

«Efecto declarativo de la partición», por ENRIQUE AREZO PIRIZ y otros, pág. 231.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (1998)

«Unification of the Law of International Freight Forwarding», por JAN RAMBERG, pág. 5.

- «La responsabilité civile nucléaire: actualisation du régime international», por FABRIZIO NOCERA, pág. 15.
- «Internet et le droit des contrats: Observations d'ordre général et identification des intervenants», por LUDOVIC BERNARDEAU y MASSIMILIANO PACIFICO, pág. 32

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Números 2-3 (Mayo-Diciembre 1997)

- «La oferta de pago y la consignación: su eficacia liberatoria en el pago dinerario a menores mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria», por MANUEL J. VERA VERA, pág. 211.
- «Inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil de Puerto Rico: anacronismo injustificado», por LEIDA GONZÁLEZ DEGRO, pág. 267.
- «Análisis jurídico de la negligencia profesional de los médicos desde el punto de vista del Juez Asociado del Tribunal Supremo, honorable Antonio S. Negrón García», por ADRIÁN J. HILERA TORRES, pág. 289
- «Pruebas antidrogas en tiempos de crisis», por BRENDA A. GARCÍA RAMOS, pág. 317.
- «¡Quiero ser grande! Estudio general sobre la emancipación», por YOLANDA PITINO ACEVEDO, pág. 351.
- «Comentarios a la nueva Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada», por BRENDA VERA MIRO, pág. 379.
- «Protección bajo la Ley de Violencia Doméstica a parejas del mismo sexo», por JOSÉ A. QUIÑONES TORRES, pág. 399
- «La institución de la ausencia en Puerto Rico», por ROSAURA RIVERA TRANI, pág. 427.
- «Cabotage Laws: A colonial anachronism», por HÉCTOR I. SANTOS SANTOS, pág. 451.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 2 (Mayo-Agosto 1997)

- «Los fundamentos doctrinarios del Derecho político-electoral», por LUIS PONCE DE LEÓN ARMENTA, págs. 11-27.
- «Decretos 16541 y 16542 del Congreso Local», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, págs. 29-48.
- «Legislación electoral de Jalisco», por CARLOS ALFREDO SEPÚLVEDA VALLE, págs. 49-81.
- «Autonomía científica del derecho electoral», por FÉLIX ANDRÉS ACEVES BRAVO, págs. 83-95.
- «Informe rendido por el presidente del Tribunal Federal Electoral relativo al proceso electoral mexicano de 1997», por JOSÉ LUIS DE LA PEZA, págs. 97-114
- «Mínimos electorales para la construcción democrática», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, págs. 115-125.

- «Minihistoria electoral», por J. DE JESÚS GÓMEZ FREGOSO, págs. 127-150.
«Trayectoria y perspectiva del Senado», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 151-192.
«Análisis del Sistema Electoral Mexicano», Informe de un grupo de expertos, págs. 193-273

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 159 (Abril 1998)

- «Los ciudadanos y los contribuyentes españoles ante el Euro», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 7.
«La construcción europea consecuencias para los ciudadanos y las regiones», por MARTA MAGADÁN DÍAZ, pág. 11.
«Los "Principles of European Contract Law": un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, pág. 21.
«Régimen aplicable a los traslados de residuos tóxicos y peligrosos», por BENOIT BOUSSIER y otros, pág. 27.
«Impactos contaminantes sobre el medio ambiente en un marco transfronterizo», por M.^a RAFAELA URUEÑA ALVAREZ, pág. 39.
«La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas en el marco de la Unión Europea Conceptos y perspectivas», por CARMEN A. CHAVES GALÁN, pág. 49.
«Algunos aspectos jurídico-financieros de las ayudas comunitarias», por MA- NUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 59.
«La eficacia de las garantías, avales y fianzas en los contratos mercantiles», por VICENTE INFANTE PÉREZ, pág. 71.

Número 160 (Mayo 1998)

- «La integración constitucionalizada», por JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES, pág. 9.
«El espacio financiero europeo como marco del problema del blanqueo de capitales», por CARMEN A. CHAVES GALÁN, pág. 21.
«El instrumento financiero LIFE», por MARÍA JESÚS LÓPEZ DE VALDIVIELSO, pág. 35.
«Dumping Ecológico o Imperialismo Ecológico: una estrategia de comercio o una medida de protección medioambiental», por MARTA MAGADÁN DÍAZ y JESÚS I. RIVAS GARCÍA, pág. 47.
«La residencia fiscal y su influencia en la libre circulación de trabajadores comunitarios», por SANTIAGO ALVAREZ GARCÍA, pág. 57.
«El arbitraje "ad hoc" y el arbitraje institucional», por JOSÉ DíEZ CLAVERO, pág. 65.
«Sobre la tutela judicial efectiva en un supuesto conflicto entre el Derecho europeo y el español (Comentario a la STC 45/1996, de 25 de marzo)», por AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, pág. 71.

