

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXX ° Enero-Febrero 1994 ° Núm. 620

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
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.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS:

«Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», por LUIS M. [^] CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA	9
«El ejercicio de la facultad de elección en las obligaciones alternati- vas», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	39
«¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	53
«La Eurohipoteca», por OTMAR M. STOCKER (Presentación y traduc- ción de MANUEL CASERO MEJÍAS)	91
«Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por JUAN LUIS IGLESIAS PRADA	183

DICTAMENES Y NOTAS:

«Derecho comunitario y protección de los consumidores», por LUIS M. [^] CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA	201
«Política de los consumidores». Segundo Plan de Acción Trienal (1993-1995)	215

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	249
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	273
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	307

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	325
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	332
4. Derecho procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	340

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«La liquidación de bienes en las uniones de hecho», de BERNARD DEMAIN, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	355
«Una teoría del Derecho», de RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	357
«Casos prácticos de Derecho administrativo y Derecho constitucio- nal», de VICENTE M.ª GONZÁLEZ-HABA GUIADO y JOSÉ LUIS SÁN- CHEZ GIL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	359
«Principios de Derecho civil», de CARLOS LASARTE ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	361
«La sociedad de gananciales», de JOAQUÍN RAMS ALBESA, por FRANCIS- CO CORRAL DUEÑAS	363
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	367

ESTUDIOS

Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores

SUMARIO: 1. URBANISMO Y PUBLICIDAD REGISTRAL: A) COORDINACIÓN GENERAL. B) COORDINACIÓN ESPECIAL (DISCIPLINA URBANÍSTICA): a) *Coordinación positiva*. b) *Coordinación negativa*.—C) PUBLICIDAD REGISTRAL Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: a) *Legislación autonómica*. b) *Legislación estatal*.—2. SISTEMAS DE ACTUACIÓN URBANÍSTICA: A) UNIDADES DE EJECUCIÓN: a) *Sistema de compensación*. b) *Sistema de cooperación*. c) *Sistema de expropiación*.—B) ACTUACIONES ASISTEMÁTICAS. C) OBTENCIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES.—3. PARCELACIONES Y REPARCELACIONES URBANÍSTICAS: A) PARCELACIONES URBANÍSTICAS. B) REPARCELACIONES. C) URBANIZACIONES PRIVADAS.—4. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.—5. OTROS ACTOS INSCRIBIBLES: A) DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO. B) ACTOS DE COORDINACIÓN GENERAL. C) ACTOS DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.—6. URBANISMO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: A) LA CONSULTA Y LA CÉDULA URBANÍSTICA. B) LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 45 DEL TR/1992. C) LA SUPERPOSICIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS. D) LA PUBLICIDAD REGISTRAL.—7. URBANISMO Y DERECHO COMUNITARIO.

1. URBANISMO Y PUBLICIDAD REGISTRAL

Si reparamos en que el llamado *Derecho urbanístico* es el conjunto de disposiciones administrativas que regulan el uso y aprovechamiento de determinadas categorías de suelo, denominadas suelo urbano, suelo urbanizable, programado y no programado, y suelo edificable o solar, mientras excluye de su ámbito el suelo no urbanizable o rústico, cualificando la aptitud de cada tipo dentro de su clasificación legal, por un lado, y si identificamos, por otro, el término «urbanizar» como la acción o función pública encaminada a la transformación del suelo urbanizable en suelo urbano, y parte de éste —a su vez— en suelo edificable, puede comprenderse la importancia de su estudio y la incidencia directa de las normas urbanísticas en el contenido del dominio, ya que desde nuestro Derecho histórico hasta la legislación vigente, esa «acción de urbanizar», en cuanto

supone la habilitación de un espacio físico para el asentamiento de un núcleo de población, ha sido siempre una función reservada a los poderes públicos, sin entrar a valorar ahora el distinto grado de intervención de éstos. Y basta para ello, y a título de ejemplo, releer la Ley XXIII del Fuero de Plasencia, redactada en el siglo XII.

Si, por otra parte, el *Derecho registral inmobiliario* o Derecho hipotecario es una rama específica del Derecho civil, dotada de autonomía en base a los principios hipotecarios que giran en torno al principio constitucional de seguridad jurídica y producen una serie de efectos sustantivos, el orden público inmobiliario, fácilmente se comprende que el Derecho urbanístico y la acción de urbanizar, en cuanto delimitan el contenido del dominio, creando la que ha dado en llamarse *propiedad urbana estatutaria*, trasunto de la función social del derecho propiedad proclamada por el artículo 33 de la Constitución, función social inspiradora de todos los Ordenamientos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, tal y como reconoce el Tribunal de Justicia en los casos Nold y Häuer, en consonancia con el artículo 1 del protocolo adicional número 1 de la Convención de Roma (1) y a pesar del carácter neutral que frente al derecho de propiedad proclama el artículo 222 del Tratado de la CEE, fácilmente se comprende —decimos— que la titularidad civil que el Registro publica necesita coordinarse, por razones de seguridad jurídica y de protección de los consumidores, con el Derecho urbanístico, erigiéndose el Registro de la Propiedad en centro de conexión de las *relaciones interdisciplinarias*, como advierte GARCÍA GARCÍA (2). Y ello con independencia de la posición que adoptemos en materia de licencias urbanísticas, es decir, aunque entendiéramos con los administrativistas que las licencias son constitutivas de las facultades dominicales, sin reparar en los serios obstáculos dogmáticos y prácticos que plantea, ya que los Ayuntamientos siguen expidiendo las licencias «sin perjuicio del derecho de propiedad». Adoptando, pues, y siquiera por un momento, el postulado del profesor MENÉNDEZ REXARCH, redactor de la Ley 8/1990, cuan-

(1) V. CHUECA SANCHO, A., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, ed. Bosch, Barcelona, 1989.

Sobre el contenido del derecho de propiedad, v. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad crisis y retorno a la tradición jurídica*, ed. Edersa, Madrid, 1993, que postula un concepto unitario de propiedad, sin perjuicio de los límites a su ejercicio; CHABAS y JUGLART, *Leçons de Droit civil*, ed. Montchrestien, 7.^a ed., París, 1989, que recogen la misma problemática observada en España sobre la incidencia del urbanismo en el derecho de propiedad, defendiendo la subsistencia del *ius aedificandi*, «Disciplina urbanística y publicidad registral», *op. cit. infra*, que plantea nuestra posición y refleja la de la doctrina italiana. Para el Derecho comunitario, mi trabajo inédito —aún— *Protección inmobiliaria y Comunidad Europea*.

(2) «El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3/1982, págs. 7 y sigs.

do en las I Jornadas sobre Urbanismo de Maspalomas restaba importancia práctica a la disquisición (3).

Ahora bien, ¿cuál ha sido la posición doctrinal a lo largo del tiempo en materia de coordinación? En un principio y con referencia al planeamiento, se entendió que la publicidad superior de los mismos, propia de las leyes ordinarias, restaba importancia al problema, y el carácter legal de los límites intrínsecos o de las limitaciones externas al dominio que el urbanismo conlleva tampoco imponía una directa coordinación salvo en los actos urbanísticos divisorios. Sin embargo, pronto se alzó la voz de los hipotecaristas en contra de este postulado, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica. Respecto a los planes, por su generalidad, por su insuficiente publicidad y por su difícil intelección, razones que suponían un serio obstáculo a la contratación privada. Por otro lado, respecto a las actuaciones concretas, se omitía la publicidad de un aspecto, el urbanístico, que afectaba directamente al contenido del derecho de propiedad, provocando una duplicidad artificial de legislaciones de distinto orden —administrativo y civil— que operaban en paralelo, *sin que la ilicitud administrativa privase de validez civil a los actos dominicales*. Así se pronunciaron en distintos momentos y con diversos matices NARCISO DE FUENTES SANCHIZ, CHICO Y ORTIZ, LASO MARTÍNEZ, ARNAIZ EGUREN, NORTES TRIVIÑO, LEYVA Y ANDÍA, GONZÁLEZ PÉREZ, GARCÍA GARCÍA y GONZÁLEZ SALINAS, entre otros; los propios Congresos Internacionales de Derecho Registral y la II Asamblea General de Registradores, como señalara LASO en la *Revista de Derecho Urbanístico* (4), mostrando, a su tiempo, la necesidad social sentida. Posición —ésta— que dio como fruto el desarrollo de la coordinación a través de la legislación autonómica, primero, y, luego, a través de la estatal, que supera el intento parcial de la Ley de 1975. Aquella vieja necesidad, tras la transferencia de la competencia exclusiva en materia de urbanismo a las Comunidades Autónomas, se volvió, por la especial complejidad y profusión de disposiciones, en un imperativo de primer orden. Como dice HERNÁNDEZ CRESPO en el prólogo a la edición de las Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral (Valladolid, 1988), «la publicidad registral constituye un *mecanismo instrumental de garantía* perfectamente aplicable a las distintas legislaciones civiles, fórmula característica en España y, por tanto, a una legislación urbanística también variable en función de las características territoriales y socioeconómicas de las distintas Comunidades» (5).

En definitiva, se trata —según escribe CHICO Y ORTIZ, siguiendo a PAREJO

(3) V. mi estudio «Disciplina urbanística y protección del consumidor», *Anales de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Las Palmas*, t. I, *Jurisprudencia autonómica y disciplina urbanística*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1992.

(4) *RDU*, núm. 122/1991.

(5) Ed. Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, 1989.

ALFONSO— de «establecer el punto de equilibrio entre las exigencias esencialmente dinámicas y evolutivas del interés público urbanístico y las de seguridad jurídica inmobiliaria, que postulan la estabilidad de la regulación del derecho de propiedad». Y ésta es precisamente la función del Registro de la Propiedad, que como Registro jurídico es el punto de conexión —como veíamos— de las relaciones interdisciplinarias, de suerte que no limita su ámbito a lo estrictamente civil de la relación jurídica, sino que publica las limitaciones y límites administrativos que afectan a una finca determinada, al margen de la generalidad del planeamiento y potenciando la protección inmobiliaria del consumidor, que se activa por la eficacia sustantiva de la publicidad material y por el tratamiento profesional de la publicidad formal, inspirado en lo que pudiera llamarse *principio registral de información*, cuya importancia, en relación a la precalificación y el asesoramiento técnico, tuvo ocasión de exponer ARNAIZ EGUREN, ponente español, en el IX Congreso Internacional de Derecho Registral (Torremolinos, 1992) (6).

Sobre las relaciones entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad, dice al respecto la exposición de motivos del proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario: «La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante, cuando la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez, es conveniente el que los poderes públicos se sirvan de una institución —la registral— que aunque se desenvuelve en el campo privado puede ser una eficaz colaboradora a la actuación urbanística».

Finalmente y por razones de tiempo, nos vamos a ocupar de estudiar esta materia con sujeción a las nuevas disposiciones legales en tanto se aprueba la reforma del Reglamento Hipotecario, no sin antes intentar definir unos conceptos previos inspiradores de la regulación jurídica de las relaciones entre el Urbanismo y el Registro y dejando a un lado los problemas que plantean la diversidad de legislaciones autonómicas, ya que nuestro objeto es el análisis de las disposiciones estatales que afectan al Registro, cuya regulación es competencia exclusiva del Estado. Son estos conceptos previos, los de «coordinación general» y de «coordinación especial» o de «disciplina urbanística», que presuponen, como es lógico, los conceptos urbanísticos y civiles correspondientes.

La distinción entre municipios de más o menos de 50.000 habitantes, o

(6) Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1993.

entre 25.000 ó 50.000, no va a afectar, por regla general, a las disposiciones que se ocupan de la coordinación con el Registro (7).

A) COORDINACIÓN GENERAL

Por normas que tienden a la coordinación general entendemos aquellas que imponen determinadas obligaciones a las instituciones públicas y conceden concretos derechos a los particulares, es decir, las que se refieren a los sistemas de actuación urbanística, a las actuaciones asistemáticas, a la ocupación directa de terrenos dotacionales, a las reparcelaciones, a la constancia registral de la adquisición gradual de las facultades urbanísticas, a la inscripción de las transferencias de los aprovechamientos urbanísticos —TAU—, al derecho de superficie, a los tanteos y retractos urbanísticos, a la inscripción registral de edificaciones ruinosas o inadecuadas o los actos administrativos «que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en futuro, el dominio o cualquier derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas» (8).

B) COORDINACIÓN ESPECIAL (DISCIPLINA URBANÍSTICA)

Por disciplina urbanística entendemos el conjunto de disposiciones que regulan la regularidad de la actuación privada en el ámbito urbanístico y que, en relación al Registro de la Propiedad, imponen ciertas obligaciones o prohibiciones profesionales a los Registradores como destinatarios del deber específico de colaborar, al margen de la jurisdicción contenciosa, en el control de la legalidad urbanística de los títulos inscribibles. Es el campo propio de las licencias urbanísticas. Y se ha desarrollado, desde el punto de vista legislativo, en dos momentos. En la Ley de 1975 por la vía de coordinación negativa, esto es, estableciendo una genérica prohibición de inscribir los actos de división del suelo realizados sin licencia (antiguo art. 96),

(7) Y decimos por regla general porque la disposición adicional primera del Texto Refundido excluye la aplicación de las normas de delimitación de áreas de reparto, cálculo de aprovechamiento tipo y definición del aprovechamiento susceptible de apropiación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 y 2 e, incluso, las de expropiación, sanción y venta forzosa en determinados casos, siendo facultad de la Comunidad Autónoma o del Ayuntamiento su establecimiento, y en consecuencia excluyen la creación del Registro de Transferencias y la constatación registral de las transmisiones de aprovechamiento urbanístico.

V. PAREJO-MERINO y PAREJO, P. M., «La reforma de la legislación urbanística en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *RCDI*, núm. 612/1992, págs. 2145 y sigs

(8) Borrador del proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario

sin afectar a las declaraciones de obra nueva que, conforme a la *Resolución de 16 de noviembre de 1981*, excedía su control del ámbito de la calificación registral por la peculiar naturaleza del Derecho urbanístico, ya que la «fuerza de Ley» de sus disposiciones y su carácter de «limitaciones legales», señala, «origina que la inscripción» «no perjudique u obstaculice la posible actuación sancionadora de la infracción urbanística», y su constatación registral, por otra parte, podría hacer creer al tercero que la obra se ha realizado con arreglo a las normas aplicables, sin reparar en el artículo 88 de la Ley del Suelo de 1975 que establece la subrogación real del adquirente (9).

En las legislaciones autonómicas, sin embargo, se da un paso más en esta doctrina, y los protocolos urbanísticos, primero, y las leyes de protección de la legalidad, por otra, como estudian RUANO BORRELA, GARCÍA GARCÍA, LASO MARTÍNEZ y ARNAIZ EGUREN, optan en materia de división de «terrenos» por el sistema de la nota marginal, que denomina algún autor «coordinación positiva», extendido, incluso, en Murcia y Canarias a la inscripción de las declaraciones de obra nueva. Pero veamos qué ocurre en la Ley 8/1990 y en el nuevo Texto Refundido.

a) *Coordinación positiva*

La coordinación positiva aboga por la colaboración activa del Registrador en el control de la legalidad urbanística, desarrollando el Registro su aspecto peculiar: *dar publicidad de la presunta irregularidad urbanística, coordinando la realidad física con la jurídica*. Publicidad que coadyuva al restablecimiento de la legalidad, ya que supone *publicidad disuasoria* frente a tercero protegiendo directamente al consumidor.

b) *Coordinación negativa*

El artículo 25.2 de la Ley 8/1990 —y el 37.2 del nuevo TR en consecuencia— (10), sobre inscripción de la declaración de obra nueva responde, sin embargo, a su formulación negativa prohibiendo el otorgamiento de la escritura y la práctica del asiento registral. El artículo 259 del vigente Texto Refundido, trasunto del artículo 96 del Texto Refundido de 1976, adopta asimismo una redacción negativa. Todo ello, sin embargo, sin perjuicio del desarrollo reglamentario, de un lado, y de su carácter de legislación estatal básica y de la preexistente normativa autonómica, de otro. Las normas de

(9) Hoy artículo 22 del Texto Refundido 1992

(10) El Texto Refundido 1992 deroga expresamente la Ley 8/1990.

distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas se contienen en la Resolución de 9 de abril de 1984 y en la Instrucción de 16 de julio de 1984 sobre la actuación de Notarios y Registradores en materia de urbanismo.

En el borrador de la futura reforma del Reglamento Hipotecario se recogen los postulados expuestos por LASO MARTÍNEZ en los *Estudios en homenaje de Tirso Carretero* y en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, tanto sobre división de terrenos como de declaraciones de obra nueva, es decir, el mantenimiento del sistema positivo de coordinación para los actos divisorios (11) y el sistema negativo para las obras nuevas. Si bien hemos de advertir que el nuevo texto reglamentario no contiene disposición alguna que, con carácter expreso, se ocupe de los actos divisorios, por lo que el sistema positivo de coordinación se fundamenta en el desarrollo autonómico del antiguo artículo 96 de la Ley del Suelo, hoy recogido con alguna variación en el artículo 259.3 del Texto refundido vigente (12).

C) PUBLICIDAD REGISTRAL Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Uno de los problemas fundamentales en materia de urbanismo es el relativo a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunida-

(11) En los actos divisorios se incluyen la división material y la segregación. En Canarias, además, la Ley de Disciplina Urbanística menciona la agrupación, por lo que entendemos que se refiere, bien a la agrupación y división —o segregación— ulterior, bien a la segregación o división y agrupación o agregación a otra para una posterior división o sin ella —refiriendo el acto divisorio a la segregación o división previas

No obstante, debemos indicar que el texto del proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario no contiene un precepto expreso sobre los actos divisorios.

(12) La publicación del nuevo texto ha provocado el replanteamiento de la aplicabilidad de las disposiciones autonómicas en esta materia con paradójicos resultados, fundamentados en una prudente interpretación de las normas (v., por ejemplo, *Revista Lunes* 4,30, núm. 118/1993, págs. 42-43)

La paradoja estriba en que tanto el artículo 96 como el 259.3 son disposiciones de competencia exclusiva del Estado y, en consecuencia, de aplicación plena, con independencia de que antes no se hubiere clasificado el artículo 96 por ser un precepto preconstitucional y ahora la disposición final única, punto dos, del Texto Refundido le atribuya carácter de legislación plena. Circunstancia que no impidió su desarrollo autonómico conforme a los principios de Instrucción de la Dirección General de 16 de julio de 1984. No puede olvidarse, además, que estamos ante un Texto Refundido y su capacidad de innovación es limitada, aunque en el caso concreto se haya añadido la certificación de innecesariedad.

La prudente interpretación de las normas, por otra parte, lleva a la necesidad de escrutar la voluntad del legislador —en este caso del refundidor— y decidir si la transcripción casi literal del artículo 96 supone un cambio de actitud del Estado frente a las Comunidades Autónomas en cuanto no permite una interpretación y un desarrollo autónomos. Luego volveremos sobre ello.

des Autónomas. Sabido es que los principios rectores de esa distribución constitucional son los de *competencia, primacía o prevalencia y supletoriedad*. El principio de competencia supone que el órgano legislativo que tenga atribuida la competencia exclusiva es el único legitimado para ejercerla. El principio de primacía o prevalencia implica que la norma dictada por el órgano competente con carácter exclusivo y excluyente desplaza a cualquier otra disposición que invada de su ámbito material y formal. Y el principio de supletoriedad es aquel por el que el Estado, reservándose una competencia residual, puede dictar normas de aplicación supletoria en ausencia de disposiciones autonómicas.

La articulación de estos principios de resolución de conflictos obedece a dos tipos de consideraciones. Primero, a que el Estado de las Autonomías supone la creación de órganos legislativos independientes cuyas normas, en caso de colisión, no se rigen por los principios de jerarquía, derogación e irretroactividad. Son dos ordenamientos jurídicos, en este sentido, paralelos. Segundo, porque, no obstante, las competencias no son todas exclusivas como cabe suponer en un Estado único incluso calificándole no de unitario, sino de cuasi-federal. Al lado, pues, de las competencias *exclusivas*, existen las *competencias compartidas* y las *subsidiarias*, son olvidar aquellas otras que siendo exclusivas, al tratar de materias conexas, devienen *concurrentes*.

Pues bien, la competencia exclusiva en materia de *urbanismo* corresponde, por regla general, a las Comunidades Autónomas (Canarias, País Vasco, Cataluña, Andalucía...); la competencia exclusiva en materia de *Derecho civil* —salvo especificidades forales—, *instrumentos públicos y ordenación de los Registros*, por su parte, está atribuida constitucionalmente al Estado. Sin embargo, ello no supone la inexistencia de *materias conexas* en cuanto el urbanismo incide o se relaciona con determinados preceptos civiles, notariales e hipotecarios. Y asimismo hemos de tener presente lo que denomina MUÑOZ MACHADO el «*mito de la exclusividad*», según el cual una materia en origen de competencia exclusiva deviene materia de competencia compartida en virtud del ejercicio de otro título competencial siempre y cuando no suponga la supresión de una competencia autonómica o un medio indirecto de intervención. Las bases de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas deben ser las de colaboración, cooperación y participación en las decisiones más acordes con el federalismo occidental (13). No se trata de dos centros de poder paralelo, como prueba el problema competencial que ha planteado la

(13) V. MUÑOZ MACHADO, S., *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Ed. Cívitas, Madrid, 1986, págs. 61 y 110-113, y mis trabajos *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1991, págs. 52-56, y «Disciplina urbanística y publicidad registral», t. I, de *Anales de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Las Palmas*, Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1992, págs. 176-183.

integración de España en las Comunidades Europeas. Problema que se cifra en la transferencia de competencias autonómicas a las Comunidades Europeas, sin que las Comunidades Autónomas participen *per se* en la adopción de decisiones comunitarias —participación en fase ascendente— (14).

En definitiva, si las competencias exclusivas en materia de urbanismo corresponde a las Comunidades Autónomas, por un lado, y en materia civil común, notarial e hipotecaria al Estado, por otro, ello no significa que las Comunidades Autónomas no puedan dictar norma alguna que reforzando la *protección de la legalidad urbanística* incida en la actividad de Notarios y Registradores, siempre y cuando no suponga una extralimitación competencial. Más aún: si se tiene en cuenta que en la legislación preconstitucional existían determinados preceptos sobre esta cuestión y en virtud de la teoría de los *poderes implícitos*, la transferencia de la competencia lleva consigo la de los medios con que contaba el órgano transferente, en este caso el Estado, mejor se comprende la posibilidad —o necesidad— de intervención autonómica (15). Ahora bien, ¿cuáles son los límites de esta intervención? Tal vez la dificultad de la contestación a la pregunta enunciada no sea insoluble, bastando para ello con reparar en el contenido de la *Instrucción de 16-7-1984* que esclarece suficientemente la materia, ya que complementa lo expresado por la Resolución de 9-4-1984 en el sentido de declarar, tras el deslinde competencial, el punto de *conexión* entre la legislación notarial e hipotecaria y la legislación urbanística: los Notarios y los Registradores deben tener presente las disposiciones autonómicas como *garantes de la legalidad de los actos en que intervienen*. Y ello supone la presencia de las siguientes normas.

a) *Legislación autonómica*

Norma primera (*competencia sustantiva*): «En materia de ordenación del territorio, *urbanismo* y vivienda rigen, en primer lugar, las normas que emanen, en su caso, de las correspondientes Comunidades Autónomas y, después, supletoriamente, la legislación estatal».

Norma segunda (*principio de legalidad*): «Notarios y Registradores, al enjuiciar la *validez* y alcance de los actos jurídicos sobre las fincas situadas en los territorios de las Comunidades Autónomas, se atenderán, según el caso, a unas u otras normas».

(14) V. las posiciones de BULLAIN LÓPEZ y LASAGABASTER HERRARTE en mi estudio *Protección inmobiliaria y Comunidad Europea* (pendiente de publicación)

(15) El Estado debe potenciar la protección de la legalidad urbanística y reforzar la actuación autonómica sobre disciplina, ya que, por encima de los intereses concretos y del problema competencial, la solución adecuada de esta problemática afecta directamente a un buen número de derechos fundamentales —igualdad, vivienda digna ..

Norma tercera (*disciplina urbanística*): «En particular, se decidirá con arreglo a las normas respectivas si determinada *parcelación* del suelo, sea urbano o rústico, es legal, o si determinada *infracción impide a los Notarios la autorización de los actos y a los Registradores la inscripción*».

b) *Legislación estatal*

Norma cuarta (*legislación hipotecaria: forma del asiento*): «Los títulos expedidos conforme a la correspondiente legislación aplicable tendrán el Registro; si cumplen además las exigencias de la legislación hipotecaria, el correspondiente reflejo a través del *asiento* —inscripción, anotación preventiva o nota marginal— *que, conforme a la legislación del Estado, sea apropiado según el supuesto*.

En conclusión, el sistema positivo de publicidad registral dependerá, como medida de disciplina urbanística, de las disposiciones autonómicas y la forma del asiento a practicar en el Registro de la legislación hipotecaria (16).

2. SISTEMAS DE ACTUACION URBANISTICA

A la ejecución del planeamiento dedica el Texto Refundido de 1992 sus artículos 140 y siguientes, y bajo el prisma del principio de equidistribución de los beneficios y cargas, éste se lleva a cabo por dos medios, bien a través de actuaciones sistemáticas, bien a través de actuaciones asistemáticas. El primero se traduce en tres sistemas de actuación sobre unidades de ejecución, término —éste— que sustituye a los antiguos polígonos. El segundo, referido al suelo urbano, se dirige a la regulación del aprovechamiento urbanístico cuando no se actúe sobre unidades de ejecución; de ahí su denominación de actuación asistemática en suelo urbano que excluye otras clases de suelo.

A) UNIDADES DE EJECUCIÓN

Las «unidades de ejecución —dice el art. 144— se delimitarán de forma que permitan el cumplimiento conjunto de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización de la totalidad de su superficie». Y esas unidades «se desarrollarán —señala el art. 148— por el sistema de actuación que la

(16) Es el supuesto de los artículos 15 2 y 16 de la LDU que sólo se extralimitan en cuanto se refiere a la forma de practicar el asiento

PAREJO ALFONSO, por su parte, establece tres principios generales: 1) La legislación

Administración elija en cada caso. Los sistemas son los siguientes: a) Compensación; b) Cooperación, y c) Expropiación».

a) *Sistema de compensación*

En relación al Registro de la Propiedad, interesa destacar que en el Sistema de Compensación la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación *no* supone —conforme al art. 159— la transmisión a la misma de los inmuebles incluidos en la unidad de actuación salvo disposición en contra de los Estatutos, y que en todo caso los «terrenos» quedarán directamente *afectos* al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, con anotación en el Registro —nota marginal, se sobreentiende— en la forma que establece el artículo 310. Las Juntas, no obstante, actuarán como *fiduciarias con pleno poder dispositivo* sobre las fincas pertenecientes a los propietarios incorporados, prosigue el artículo 159 en su punto 2, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos. Recoge, pues, este artículo 159 la distinción que en la doctrina hacía GARCÍA GARCÍA entre *titularidad fiduciaria* —cuando se transmiten la titularidad formal de los inmuebles— y *actuación fiduciaria* —en cuanto ese poder dispositivo para el cumplimiento de las obligaciones urbanísticas se mantiene a pesar de no producirse la transmisión formal a un órgano con personalidad jurídica independiente cual es la Junta de Compensación, inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras (17). Asimismo, el inciso final del

plena no admite desarrollo y desplaza a la autonómica precedente. 2) La legislación básica es susceptible de desarrollo autonómico. Y 3) La legislación supletoria sólo se aplica en defecto de normas autonómicas. Principios que puestos en conexión con las prescripciones registrales en una interpretación estricta supondrían: 1) Que el artículo 259.3 desplazaría a la legislación autonómica precedente, a pesar del carácter supletorio de las normas sustantivas que complementan. Y 2) Que el artículo 25.2 de la Ley 8/1992 y el 37.2 del Texto Refundido 1992, como legislación básica, son susceptibles de desarrollo autonómico a pesar de las prescripciones de la reforma del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, esta interpretación no puede extraerse de los principios generales que enumera el profesor PAREJO, ya que el carácter de legislación plena de los artículos 258.2 y 3 y 259.3 ceden ante la naturaleza supletoria de la regulación sustantiva. Los preceptos registrales refuerzan la protección de la legalidad. En este caso de la legalidad autonómica. Por otro lado, la reforma del Reglamento puede plantear serias dudas sobre la subsistencia del artículo 15.2 de la LDU en cuanto a las declaraciones de obra nueva si prohíbe la inscripción, a pesar de su carácter básico y el dudoso interés estatal por aplicar un sistema de coordinación contrario a las disposiciones autonómicas una vez respetada su competencia en la Ley 8/1990 y en el Texto Refundido 1992 (v. PAREJO ALFONSO, L., *Suelo y urbanismo: el nuevo sistema legal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 27-28).

(17) GARCÍA GARCÍA, J. M., «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», *RCDI*, núms. 565/1984, 567/1985 y 576/1986.

artículo 159.1 alude a la norma marginal del antiguo artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística (RGU) (18).

Por otra parte, son de aplicación al Sistema de Compensación los artículos 157 y siguientes del RGU, donde se contienen las normas para la inscripción de las fincas resultantes del proyecto de compensación aprobado definitivamente, previo otorgamiento de escritura pública por el organismo administrativo actuante (generalmente el Ayuntamiento), en la forma que, según dispone el artículo 174, determina el artículo 114 (18 bis), fincas que quedarán gravadas con carácter real cada una de ellas con la cantidad proporcional que resulte del presupuesto previsto de los costes de urbanización de la unidad de ejecución y con el saldo definitivo en su día (art. 178).

La actuación registral, desde un punto de vista cronológico, se producirá en las siguientes fases:

1.^a Nota marginal de afección de las fincas incluidas en la unidad de ejecución (arts. 169 RGU y 310 del TR).

2.^a Inscripción de la escritura que contiene la aprobación definitiva del proyecto de compensación (19) mediante:

1. La cancelación de la nota de afección del artículo 310.1 (que tiene, por otro lado, una vigencia de tres años, prorrogables por otros tres).

2. La cancelación de la hoja registral de las fincas de procedencia u originarias, «con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto». Cancelación que incluye, previa declaración expresa y aseguramiento, la cancelación expresa de las cargas incompatibles en el folio de las fincas originarias.

3. La inscripción en nuevo folio de las fincas resultantes, con el arrastre de las cargas compatibles con el planeamiento.

4. La afección real, por fin, mediante la extensión de la correspondiente nota marginal, de las fincas resultantes al saldo provisional y definitivo de los gastos de urbanización.

5. La inscripción de las cesiones de terrenos obligatorias y gratuitas, libres de cargas, al organismo actuante (arts. 169, 114, 174, 178 y 179 del RGU y 310 del TR/1992) (19 bis).

(18) Vigente en cuanto no se oponga al nuevo Texto Refundido (v. tabla de vigencias en RD 304/93).

(18 bis) El Real Decreto 304/93, de 26 de febrero (*BOE* 18-3-93), deroga, no obstante, este precepto, por lo que hemos de entender, con GONZÁLEZ PÉREZ, que se aplicarán directamente las prescripciones del nuevo Texto Refundido. La remisión, pues, del artículo 174 ha quedado vacía de contenido.

(19) Acto administrativo dotado como tal de presunción de validez (v. GONZÁLEZ PÉREZ).

(19 bis) Ver nota 18 bis.

Asimismo, puede seguirse, conforme al artículo 310.2, la técnica de la agrupación de las fincas de procedencia y la división ulterior sin recurrir a la cancelación directa aludida.

El punto 5 del citado artículo 310 señala que el «título en cuya virtud se inscribe el proyecto de “...” compensación será suficiente para la *modificación* de entidades hipotecarias, *rectificación de descripciones* registrales, *inmatriculación* de fincas o de excesos de cabida, *reanudación del tracto sucesivo* y para la *cancelación de derechos reales incompatibles* (20) en la forma que reglamentariamente se determine». Y en tanto se aprueba la reforma del Reglamento Hipotecario, será de aplicación supletoria el Reglamento de Reparcelaciones en aquellas disposiciones que sean de aplicación a esta materia y a pesar de su derogación expresa, según entiende la doctrina (LASO MARTÍNEZ, GARCÍA GARCÍA, ARNAIZ EGUREN, PRETEL SERRANO...) como único medio de llenar el vacío normativo. El Reglamento de Reparcelaciones, en cuya redacción —señala LASO— intervino NARCISO DE FUENTES, se entenderá vigente, pues, en aquellas disposiciones de naturaleza hipotecaria no modificadas o sustituidas por otras, ya que la derogación ha sido únicamente urbanística.

b) *Sistema de Cooperación*

El Sistema de Cooperación «exige —dice el art. 162.2 TR— la reparcelación de los terrenos comprendidos en la unidad de ejecución, salvo que ésta sea innecesaria por resultar suficientemente equitativa la distribución de beneficios y cargas». En él los propietarios aportan el suelo y la Administración ejecuta las obras a su costa. De la reparcelación se ocupan los artículos 164 y siguientes del Texto Refundido y sus aspectos registrales son los mismos que para el sistema de compensación hemos visto, tal y como resulta del propio artículo 310, común a ambos sistemas y a las remisiones que contenía el Reglamento de Gestión Urbanística. No podemos entrar ahora, sin embargo, en sus especificidades.

c) *Sistema de Expropiación*

El Sistema de Expropiación se regula, finalmente, en los artículos 171 y siguientes del Texto Refundido y se aplica por «unidades de ejecución completas y comprenderá todos los bienes y terrenos incluidos en los mismos», lo que supone la aplicación registral de las normas reglamentarias

(20) Ejemplo: compatible, la hipoteca, incompatible, la servidumbre.

que se dedican a la expropiación forzosa, como se deduce de la *Resolución de 9-6-1992*, que entiende que hasta que no se pague el justiprecio el asiento registral a practicar será de anotación preventiva y no de inscripción (art. 32.3 RH).

B) ACTUACIONES ASISTEMÁTICAS

Excepcionalmente en suelo urbano podrá actuarse sin sujeción a lo prevenido para las unidades de ejecución. Situación ésta contemplada en los artículos 185 y siguientes del Texto Refundido que puede provocar la transferencia —incluso coactiva— del aprovechamiento urbanístico o TAU en cuanto se produzca una disociación a la baja (21) entre el aprovechamiento patrimonializable y el aprovechamiento urbanístico de la parcela, de tal suerte que el propietario deba adquirir los aprovechamientos necesarios para que el patrimonializable sea el mismo que el urbanístico. Pues bien, estos aprovechamientos susceptibles de transmisión deberán constar inscritos en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos, acreditada previamente la titularidad registral de la parcela, primero, y en el de la Propiedad a instancia de parte, después (art. 198).

Toda esta materia es trasunto de la cesión obligatoria del 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico y del aspecto cuadrimensional del derecho de propiedad, en terminología de LEYVA y ANDÍA. Es decir, el suelo se transforma hasta constituir volumen edificable, cuya constatación registral previno en su forma negativa, con escasa aplicación práctica, el Texto Refundido de 1976, y en su forma positiva el artículo 14 de la Ley de Disciplina Urbanística de Canarias, enfoque normativo elogiado por LASO.

C) OBTENCIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES

El artículo 199, por su parte, prevé la inscripción registral de los terrenos destinados a dotaciones públicas de carácter local no incluidos en unidades de ejecución, previa inclusión en el Registro de Transferencias, mediante el correspondiente título de cesión, venta o distribución, expropiación u ocupación directa, quedando las fincas registrales adscritas automáticamente a la dotación establecida, según el uso de que se trate.

A la ocupación directa se refiere el artículo 203, que prevé la remisión al Registro de copia de la certificación acompañada del correspondiente

(21) Es decir, que el aprovechamiento patrimonializable del propietario sea inferior al fijado para la parcela —aprovechamiento urbanístico real.

plano, donde conste la superficie ocupada, a efectos de su inscripción a favor del Ayuntamiento, en la forma que se determine reglamentariamente.

3. PARCELACIONES Y REPARCELACIONES URBANÍSTICAS

Dentro de las normas de protección de la legalidad y disciplina urbanística se incardina el concepto de parcelación urbanística, que nada tiene que ver con el de reparcelación como sistema de actuación y que sí se relaciona con la noción civil de urbanizaciones privadas.

A) PARCELACIONES URBANÍSTICAS

Sin entrar en la problemática de las parcelaciones rústicas o parcelaciones ilegales por su finalidad urbanística, sujetas formalmente a la legislación agraria (LRYDA), ni en la Ley canaria de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, define el artículo 257 del Texto Refundido las parcelaciones urbanísticas como «la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población», siendo «ilegal, a efectos urbanísticos, toda parcelación que sea contraria a lo establecido en el planeamiento urbanístico que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en la legislación urbanística». El artículo 258 añade que los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de *indivisibles*, en su caso. Y al otorgarse licencia de edificación sobre una parcela indivisible, por su parte, se comunicará al Registro de la Propiedad para su constancia en la inscripción de la finca.

Toda parcelación urbanística, dispone el artículo 259, está sujeta a licencia y los Notarios y Registradores «exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la *licencia* o la *declaración municipal de su innecesariedad*, que los primeros deberán testimoniar en el documento».

El artículo 257.2 reproduce el antiguo artículo 94 del Texto Refundido de 1976, que ha sido interpretado en relación al 96, como reconocimiento de que la ilicitud administrativa no priva al acto de validez civil al limitar la ilegalidad a los efectos urbanísticos y ha permitido el desarrollo del artículo 96 a través del que se ha denominado sistema de la nota marginal o sistema positivo de coordinación. Planteamiento que recoge el borrador del proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario, si bien puede hacerse una favorable observación al artículo 259.3 frente al 96.3 que sustituye: ahora se requiere la certificación de innecesariedad.

Es importante observar que el artículo 259.3 del Texto Refundido de 1992 tiene *carácter de legislación plena*, competencia exclusiva del Estado,

lo que cuestiona la vigencia del desarrollo autonómico de la disposición a través de los protocolos o leyes de disciplina o protección de la legalidad, como indica el Seminario del Centro de Estudios Registrales de Granada aconsejando la exigencia de licencia (22). Sólo indicar, por un lado, que con anterioridad, cuando se desarrolló autonómicamente el antiguo artículo 96 de la Ley del Suelo, también era competencia exclusiva del Estado la regulación de los Registros, como señaló la Instrucción de la Dirección General referida de 1984; y ello no impidió su desarrollo, a pesar de la Resolución de la Dirección General de 9-4-1984, que dicha Instrucción aclara y matiza. Y, por otro, que los artículos 257 a 259, como observa GONZÁLEZ PÉREZ, en materia urbanística son normas de *Derecho estatal supletorio*, lo que lleva consigo la posibilidad de una legislación autonómica distinta. Es más, supone la imposibilidad de que la legislación estatal supletoria *desplace* a la legislación autonómica preexistente. Situación ésta que predica la ilicitud a efectos exclusivamente urbanísticos en el texto literal del artículo 257 y su secuela, la validez civil, según apunta GONZÁLEZ PÉREZ, de tal suerte que el carácter pleno de una prescripción formal (art. 259.3), dictada como medio instrumental, carece de sentido si la legislación urbanística sustantiva dispone otra cosa (23) e, incluso, utilizando el mismo medio. Es decir, la norma prohibitiva del artículo 259.3 sólo se concibe cuando la legislación estatal actúa supletoriamente. En otro caso, ante un presupuesto de hecho distinto, este artículo actuaría como norma igualmente *supletoria*, como ocurrió con el antiguo artículo 96, ya que se trata de disposiciones formales que coadyuvan al mantenimiento de la legalidad urbanística y siempre se fundamentan en normas sustantivas (24). En definitiva, hemos de volver a la Instrucción de 1984: los instrumentos públicos y la ordenación de los Registros son competencias exclusivas del Estado y, como tales, la forma de practicar los asientos y la clase de ellos compete al Estado; pero ello no impide que las Comunidades Autónomas insten la colaboración de Notarios y Registradores en materia de disciplina urbanística, a través del denominado «sistema positivo de publicidad registral» (25).

(22) V *supra* y Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, núm. 9/1992, y la Revista Lunes 4,30, núm. 114/1992.

(23) Sería absurdo que si la legislación autonómica dispensa de licencia a la parcelación el artículo 259.3 fuera aplicable. En este supuesto carecería de presupuesto de hecho.

(24) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Ed. Abella, 2.ª ed., Madrid, 1992, págs. 356-357.

(25) El artículo 258.2 y 3 se encuentra en la misma situación

B) REPARCELACIONES

La reparcelación, según indicábamos, no es más que un medio de actuación dentro del sistema de cooperación y se define en el artículo 164.1 como la «agrupación de fincas comprendidas en una unidad de ejecución para su nueva división ajustada al planeamiento, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos». Su aspecto registral ha sido estudiado y se refleja en el artículo 310 del Texto Refundido. Sólo indicar que esa agrupación urbanística no da lugar necesariamente a una agrupación registral conforme al artículo 310.3, ya expuesto.

C) URBANIZACIONES PRIVADAS

El aspecto civil de la parcelación urbanística o de la ejecución del planeamiento, singularmente por el sistema de compensación, puede dar lugar a lo que la doctrina denomina «urbanización privada», «urbanización de iniciativa particular» o «urbanizaciones de uso privado», destacando la formación de un nuevo núcleo de población con la construcción de edificaciones de tipología urbana, punto que distingue, según GARCÍA DE ENTE-RRÍA y PAREJO ALFONSO, en base al antiguo artículo 85.1.3 de la Ley del Suelo, la parcelación «rústica» de la «urbana» y marca el límite de la legalidad.

Su regulación jurídica, en tanto se aprueba la Ley de conjuntos inmobiliarios, se enmarca en la aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal, «combinada» con la legislación hipotecaria. Su tratamiento registral se aborda en la *Resolución de 2 de abril de 1980* utilizando la técnica del triple folio. Uno general para la urbanización, otro filial para cada edificio y un tercero filial, a su vez, de éste para cada finca independiente. Para su estudio nos remitimos a las monografías de RUIZ-RICO y de RAGEL SÁNCHEZ, sin poder adentrarnos en su exposición. Baste señalar a efectos urbanísticos que los artículos 22 y 45 del Texto Refundido contienen el principio de subrogación real, la obligación del promotor o propietario en la enajenación de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular de hacer constar la fecha de aprobación del planeamiento y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes; y como norma de protección de los consumidores, la necesaria constancia de la publicidad de la urbanización privada de la fecha de la aprobación del planeamiento. La garantía del cumplimiento de las disposiciones contenidas en los números 1, 2 y 3 del artículo 43 es idéntica a la del antiguo artículo 62 de la Ley del Suelo: el adquirente, en otro caso,

puede rescindir el contrato en el plazo de un año. Al estudio de estos artículos en su redacción anterior, hoy trasladada a los artículos 22 y 45, dedica GONZÁLEZ SALINAS su libro *Sistemas de compensación y terceros adquirentes del suelo*.

4. LA DECLARACION DE OBRA NUEVA

Con precedentes en la legislación de Canarias y Murcia, el artículo 25.2 de la Ley 8/1990, hoy derogada por el Texto Refundido de 1992, supone un importante giro en esta materia por razones de seguridad jurídica y, tal vez, como resultado de la nueva noción de adquisición gradual de facultades urbanísticas que racionaliza el esquema normativo anterior, al tiempo que acentúa el carácter imperativo de los deberes urbanísticos, estableciendo de forma expresa la fuerza coactiva de la expropiación-sanción y de la venta forzosa; y lo que ha sido más contestado por la doctrina, un nuevo sistema de valoraciones, con la creación del Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar, siquiera mitigada por la inclusión preventiva de la finca en el Registro Municipal de Edificación Forzosa en aquellas Comunidades Autónomas que, como la de Canarias, mantengan esta institución.

El artículo 37.2 del Texto Refundido dispone: «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada que se acredite el otorgamiento de la preceptiva *licencia de edificación* y la expedición por técnico competente de la *certificación* de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado» (26). Esta doble exigencia obedece a la necesidad de distinguir entre la obra nueva realizada, la obra nueva autorizada y la obra nueva declarada, tan sólo coordinable documentalmente con la certificación técnica. El inciso 2 de este artículo 37.2 responde asimismo a esta exigencia, contemplando la obra en construcción. Dice al respecto: «Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licen-

(26) En realidad esa adecuación se pone de manifiesto con la obtención de la licencia de primera utilización de los edificios, como advierte VERDÚ MIRA (*El régimen jurídico de los ilícitos urbanísticos*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1993). La exigencia de la *certificación técnica* se justifica, en todo caso, por la necesidad de la coordinación entre la obra ejecutada —licencia de obra y de primera utilización— y la declarada —certificación.

cia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras». Sobre este inciso segundo, no obstante, hemos de apuntar la importante diferencia que muestra con el artículo 25 de la Ley 8/1990 en cuanto suprime el *plazo de otorgamiento del acta de terminación de la obra*, cifrado en la Ley precedente en tres meses.

Los problemas de *Derecho intertemporal*, por su parte, se han resuelto en base a la disposición transitoria sexta de la Ley 8/1990, hoy disposición transitoria quinta del Texto Refundido; y así el artículo 37.2 no será de aplicación a las *declaraciones nuevas de obras terminadas a la entrada en vigor de la Ley 8/1990*, conformes al planeamiento o respecto de la que no procedan medidas que impliquen demolición por entenderse incorporadas al patrimonio de su titular o aquellas otras, apunta LASO, que a la entrada en vigor de dicha Ley hubieran sido terminadas cuatro años antes, recogiendo el plazo de *prescripción* de la acción de disciplina urbanística que estableció el artículo 9 del Real Decreto-Ley 16/1981 (27). En cualquier caso, éste parece ser el criterio seguido por el borrador de reforma del Reglamento Hipotecario que regula también la adquisición de licencias por *silencio administrativo positivo*, previa denuncia de la mora, y la prescripción de acciones para las declaraciones de obras nuevas no incluidas en la situación analizada, esto es, las obras que no se terminaran cuatro años antes de la vigencia de la Ley 8/1990.

La Dirección General, por su parte, en *Resolución de 4-2-1992*, declara la aplicabilidad de la disposición transitoria sexta a las declaraciones de obras nuevas terminadas con anterioridad a su entrada en vigor, excluyendo de su ámbito el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. Dice la Dirección General que basta acreditar alternativamente: *a)* que esa edificación ha sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable mediante resolución administrativa o conforme prevé el artículo 25.2 (hoy 37.2 TR); *b)* que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística —que impliquen demolición, se sobreentiende— mediante un título que acredite que la obra se terminó cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990 siempre y cuando no conste en el Registro la incoación del expediente de disciplina urbanística. Constatación que conforme a la disposición transitoria 10.3 de la Ley 8/1990, añade la Dirección General, es obligatoria. Evidentemente, como

(27) Plazo, sin embargo, hemos de añadir que al no ser homogéneo en todo el territorio nacional, como muestra la Ley de Disciplina Urbanística balear —que lo fija en siete años—; plazo —decimos— que obliga a comprobar la legislación autonómica y entender que la tesis de LASO se refiere a los supuestos en que el plazo es de cuatro años que es la mayoría, ya que incluso la Ley balear es posterior a la Ley 8/1990.

El Real Decreto-Ley 16/1981 se deroga expresamente por el Texto Refundido de 1992 y sólo será aplicable a las obras nuevas terminadas con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley 8/1990 en los términos de su disposición adicional 6^ª 2.

advierde el último considerando, los documentos acreditativos de esa circunstancia, al referirse a la obra nueva autorizada, deben coincidir con la obra nueva declarada. Las referencias, finalmente, hemos de observar, a la Ley 8/1990 se entenderán hoy hechas al Texto Refundido de 1992.

La *Resolución de 28-4-1992*, por su parte, confirma la doctrina anterior y declara que las obras que afecten a la estructura del edificio requieren del cumplimiento de lo prevenido en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990 (hoy 37.2 del TR).

La *Resolución de 14-12-1992 (BOE 4-2-1993)*, citando en los vistos las Resoluciones de 16-11-1981 y de 4-2-1992, entiende que la división de un local independiente en régimen de propiedad horizontal situado en una sola planta en dos nuevos locales en sendas plantas superpuestas, es decir, la división de una planta en dos en plano horizontal, afectan a la estructura del edificio y en consecuencia es de aplicación el artículo 25 de la Ley 8/1990 o, en su caso, la disposición transitoria sexta, tal y como declara la Resolución de 4-2-1992, sin que sea suficiente, en el primer supuesto, la certificación del arquitecto municipal y sin que quepa calificar de insubsanable el defecto en ambos casos por la alusión en dicha certificación a las incidencias o avatares de la licencia municipal (por ejemplo, en el caso concreto se menciona la Resolución de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León de 10-5-1989 que ordenó la suspensión de la obra y de la que se desconoce su desenlace).

La prescripción de las acciones de disciplina urbanística por infracciones graves se fija en *cuatro años* por el artículo 263 del Texto Refundido, que sin embargo omite toda referencia a la imprescriptibilidad de acciones cuando las obras se realicen en zona verde o espacio. Omisión simplemente sistemática, ya que conforme al artículo 94 del Reglamento de Disciplina Urbanística la imprescriptibilidad dispuesta en el artículo 188 de la Ley del Suelo se mantiene y del nuevo artículo 255 así se deduce en cuanto no se aplica el plazo de cuatro años previsto en el artículo 249, extendiendo la normativa al suelo no urbanizable protegido.

Por último, y ello es de notable importancia, el artículo 16.2 del Texto Refundido sujeta *las declaraciones de obra nueva en suelo urbanizable no programado y en suelo no urbanizable* —denominado rústico en Canarias— a los requisitos del artículo 37.2, lo que supone, por un lado, la ampliación del control urbanístico a las obras nuevas sujetas con anterioridad a la legislación agraria, evitando las construcciones ilegales formalmente amparadas en ésta, y por otro, sienta las bases de los Planes Directores Territoriales de Coordinación, en cuanto el urbanismo no se comprende sin la referencia obligada al medio ambiente y a la integración de los núcleos de población en el medio natural.

En Canarias esta disposición, conforme a la Ley de Ordenación Urba-

nística del Suelo Rústico, se complementa con la *vinculación «ob rem» con carácter previo de la obra nueva a determinada superficie de la finca o a toda ella.*

5. OTROS ACTOS INSCRIBIBLES

El notable esfuerzo de la nueva legislación por resolver los problemas advertidos en la normativa precedente en orden a la insuficiente publicidad de la planificación urbana y a los medios de protección de la legalidad urbanística se muestra asimismo en otros instrumentos de coordinación que acometen lo que pudiera llamarse urbanismo integral, que toma por centro de interrelación normativa al Registro de la Propiedad partiendo del paradigma de que toda actuación administrativa o judicial que afecta a una finca determinada debe publicarse a través de una única institución jurídica en pos de la seguridad jurídica inmobiliaria y de la defensa del consumidor. Por ello, para acabar con este tema, nos referiremos a otras normas que contienen disposiciones aplicables o relativas al Registro.

A) DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Delimitadas —conforme al art. 291 del TR— las áreas «en las que las transmisiones onerosas de terrenos quedarán sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por el Ayuntamiento respectivo», «no podrán —añade el art. 296— inscribirse en el Registro de la Propiedad las transmisiones efectuadas sobre los inmuebles incluidos en las expresadas limitaciones si no aparece acreditada la realización de la notificación contemplada en los artículos precedentes», notificaciones a efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto municipales.

Y de igual suerte, el artículo 297 señala que no podrán inscribirse las transmisiones de viviendas sujetas a protección pública sitas en áreas expresamente delimitadas sin la práctica de las notificaciones aludidas.

B) ACTOS DE COORDINACIÓN GENERAL

Como actos de coordinación general podemos incluir aquí los siguientes:

1. La constatación registral, por nota al margen, de la resolución administrativa o judicial que declare ilegal la licencia (art. 40).
2. La exclusión de los terceros protegidos por la fe pública registral de

la obligación de pago al Ayuntamiento del valor urbanístico del exceso de aprovechamiento de la edificación (art. 41).

3. La obligación municipal del remitir al Registro copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 28 a fin de que se practique nota al margen de las inscripciones de las fincas respectivas (art. 43).

4. La inscripción en el Registro de la autorización de usos y obras provisionales (art. 136 TR).

5. La inscripción de hipoteca en garantía del derecho de crédito surgido de la declaración de incompatibles con el planeamiento de determinadas cargas prevista en el sistema de reparcelación (art. 168.3) y aplicable —entiende la doctrina— al de compensación.

6. La inscripción de las fincas expropiadas una vez pagado o consignado el justiprecio y procedido a su ocupación (art. 223), con extinción, previa compensación, de los derechos anteriormente inscritos y no tenidos en cuenta en el expediente, mediante asiento de cancelación, a instancias de la Administración, parte interesada o del propio Registrador (art. 224.4). Como vemos, este artículo potencia el tratamiento profesional de la publicidad registral al preverse la cancelación a su instancia.

7. En el régimen de venta forzosa (arts. 227 y sigs.), el artículo 229 dispone la inscripción registral de la declaración de edificación ruinoso e inadecuada; el artículo 232 previene la inscripción de la declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos con aplicación del régimen de venta forzosa, y el artículo 235 la inscripción de la certificación municipal donde conste la adjudicación de la finca.

8. La inscripción constitutiva de la escritura pública de concesión del derecho de superficie urbanístico por parte de las entidades locales y demás personas públicas (art. 288.2). El artículo dice constitutiva de su eficacia, la doctrina entiende por su relación con el artículo 16 del Reglamento Hipotecario y la regulación precedente constitutiva de su existencia.

C) ACTOS DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

Por último nos ocupamos de los artículos 307-309, que bajo el epígrafe Registro de la Propiedad integran, con el 310, el capítulo III del título IX del Texto Refundido, y si bien los denominamos por razones sistemáticas actos de disciplina urbanística, contienen alguna disposición de coordinación general, como, por ejemplo, el punto 1 del artículo 307.

Dice el artículo 307, bajo el rótulo Actos inscribibles: «Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:

1. Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del

planeamiento en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización.

2. Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos en las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamientos urbanísticos.

3. La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas (28).

4. Las condiciones especiales de concesión de licencias en los términos previstos en las leyes.

5. Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias.

7. Las sentencias firmes en que se declare la anulación a que se refiere el número anterior cuando se concreten a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.

8. Cualquier acto administrativo que en su desarrollo o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de las mismas».

El artículo 308, bajo el epígrafe Certificación administrativa, añade: «Salvo en los casos —en— que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante *certificación administrativa* expedida por el órgano administrativo actuante en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo».

El artículo 309, finalmente, Clases de asientos, dispone:

«1. Se harán constar mediante *inscripción* los actos y acuerdos a que se refieren los números 1, 2, 7 y 8 del artículo 307, así como el supuesto al que se refiere el artículo 203.5.

(28) La importancia de ese *deber municipal* ha sido destacado, a efectos de derecho transitorio, por la Resolución de 4-2-1992, que parece interpretar la falta de constancia registral como una *presunción de cumplimiento de la legalidad aplicable* a efectos de prescripción. Interpretación que favorece los intereses de los consumidores en cuanto activa ese deber municipal.

2. Se harán constar mediante *anotación preventiva* los actos de los números 3 y 6 del artículo 307. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante o resolución del órgano jurisdiccional respectivamente.

3. Se harán constar mediante *nota marginal* los demás actos y acuerdos a que se refiere el artículo 307. Salvo que otra cosa se establezca expresamente, las notas marginales tendrán vigencia indefinida, pero no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las originara».

6. URBANISMO Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

La especial incidencia del Derecho público sobre el Derecho privado en orden a la limitación intrínseca de los efectos de la contratación privada se ha acentuado sobremanera en materia de urbanismo, sin reparar en toda su amplitud en la problemática de la protección de los consumidores. Y decimos en toda su amplitud porque la coordinación de las disposiciones urbanísticas con el Registro de la Propiedad han supuesto la novedad civil más trascendente de la Reforma, si bien se ha abordado bajo los parámetros de la «coordinación negativa», que de forma indirecta afecta —también negativamente— a la protección de los consumidores. Y esta protección, constitucional y comunitariamente potenciada, exige por la imperatividad de las normas de Derecho público el análisis y revisión de su incidencia en el ámbito privado desde la perspectiva del consumidor. Es decir, habida cuenta de la aplicabilidad *erga omnes* del planeamiento urbanístico, el Registro de la Propiedad, como institución al servicio de la protección inmobiliaria del consumidor y centro de coordinación de las relaciones interdisciplinarias, debe publicar la realidad física en su verdadero estado, aun las situaciones urbanísticas patológicas, fuente a su vez de control de la legalidad que a un tiempo presta mediante esa publicidad patológica disuasoria una eficaz colaboración con la Administración urbanística competente, ya que publicada la presunta irregularidad los contratantes se ven forzados al cumplimiento de las prescripciones administrativas habilitantes de la contratación privada. Ningún tercero, ningún consumidor, ninguna entidad de crédito contratará sobre una finca en situación jurídica de presunta irregularidad, instando forzosamente a la regularización urbanística previa. De esta manera, el Registro, protegiendo al consumidor, activa el cumplimiento de las normas de esa imperativa naturaleza de una forma directa y automática, en plena coordinación con los departamentos de disciplina urbanística. La realidad física alterada y el orden jurídico quebrantado no siguen un curso civil paralelo al carácter administrativo de las res-

tricciones a la libre disposición de los bienes que el planeamiento supone.

La protección del consumidor, precisamente por la eficacia *erga omnes* del planeamiento urbanístico, exige el arbitraje de un triple frente de medidas. Por un lado, la publicidad urbanística y la responsabilidad ante los pronunciamientos divergentes que la superposición de licencias supone. Por otro, la regulación de los efectos civiles del incumplimiento de la obligación del transmitente de suministrar al comprador la información urbanística necesaria por razón del principio de subrogación real de éste en los deberes públicos que la propiedad de los bienes implica. Y por último, la coordinación con el Registro de la Propiedad como institución que vela por la seguridad inmobiliaria preventiva y de la que depende la protección de las titularidades en sus aspectos positivo y negativo, es decir, en la atribución del derecho a una persona, física o jurídica, determinada y en la responsabilidad patrimonial de su titular. Coordinación que a través de la labor profesional del Registrador potencia la plena eficacia del Ordenamiento jurídico en cuanto de un simple acuerdo de colaboración nace el suministro por parte de los Ayuntamientos del número de identificación catastral de los bienes (28 bis) y su propia valoración, como ocurre en Canarias (29), zanjando la problemática coordinación entre Catastro y Registro, toda vez que los deberes del Ayuntamiento —deber público— y de los Registradores —deber profesional— frente a los consumidores bien pueden cumplirse por medio de un Protocolo al margen o con independencia de las normas sobre bases gráficas. Este sistema, hemos de añadir, es el seguido —parcialmente— en Italia por la Ley 47/1985, de 28 de febrero, que en sus artículos 18 y 52 regula la coordinación entre el Catastro y el Ayuntamiento, presupuesto, entendemos nosotros, de la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. En Italia —sin entrar en las excepciones— la parcelación catastral requiere la presentación de la cédula urbanística expedida por el Ayuntamiento donde consta el uso y el destino de las fincas y la transmisión sin parcelación por debajo de la unidad

(28 bis) O el número de referencia a la lista catastral.

(29) El artículo 13.3 de la Ley 7/1990 de Disciplina Urbanística y Territorial de Canarias, por su parte, ya contemplaba la constancia registral por nota al margen de la inscripción de la calificación urbanística de las fincas resultantes de los actos de división, segregación o agrupación de terrenos. Dicha calificación urbanística, que abarca tanto la clasificación del suelo como su uso o destino, se complementa ahora con el número de identificación catastral de la finca y el valor de la misma.

Con carácter general, ese deber municipal se canaliza a través del artículo 43.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que establece: «Los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 28 a fin de que se tome nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas». Certificación que bien pudiera contener el identificador y el valor catastrales a los efectos que comentamos.

mínima requiere para catastrarse el resguardo de comunicación del acto al Ayuntamiento. La declaración catastral, asimismo, debe acompañarse para solicitar la licencia de habitabilidad o la licencia urbanística de edificación. De esta forma, si la titularidad dominical de una vivienda o de una finca o parcela es la base imponible del Impuesto de Bienes Inmuebles, el Registro puede coordinarse con el Catastro a través del propio Ayuntamiento, que en definitiva es la Administración interesada y competente —en materia urbanística e impositiva— a efectos de conocer los actos civiles y los sujetos pasivos a quienes les son imputables. Al consumidor, por su parte, le es indispensable que el Registro publique los datos catastrales y el valor catastral, ya que es un medio de unificación de las relaciones jurídicas interdisciplinarias, según advertíamos, que informa de manera directa y responsable sobre los aspectos administrativos de la contratación privada. Y más hoy día, donde la tecnificación y la proliferación de disposiciones exigen un esfuerzo añadido de intelección para el técnico y un medio de simplificación para el consumidor. Deberes reservados en nuestro sistema al Registro de la Propiedad en cuanto profesional a cargo de ese instrumento jurídico de protección cual es el Registro.

A) LA CONSULTA Y LA CÉDULA URBANÍSTICA

Consciente el legislador de la necesidad de arbitrar medios de protección del consumidor en una materia tan compleja como es el urbanismo, donde el derecho-deber del propietario adquiere una especial trascendencia económica habida cuenta del carácter dinámico o activo del contenido del dominio; consciente, decimos, el legislador de esa especial circunstancia, dedica la sección 8.^a del capítulo III del título I del Texto Refundido de la Ley del Suelo a la *publicidad* urbanística y los artículos 43 y 44 a las denominadas consulta y cédula urbanísticas.

Dice el artículo 43: «*Consulta urbanística*. 1. Todo administrado tendrá derecho a que el Ayuntamiento le informe por escrito del régimen urbanístico aplicable a una finca, unidad de ejecución o sector. 2. Dicha información deberá facilitarse en el plazo de un mes y expresará, en su caso, el aprovechamiento tipo aplicable al área de reparto en que se encuentre y el grado de adquisición de facultades urbanísticas al tiempo de facilitarse la información. 3. Los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 28 a fin de que se tome nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas».

Y el artículo 44 añade: «*Cédula urbanística*. 1. Los Ayuntamientos podrán crear en la correspondiente ordenanza un documento acreditativo de

los extremos señalados en el artículo anterior y demás circunstancias urbanísticas que concurren en las fincas comprendidas en el término municipal. 2. Este documento se denomina cédula urbanística de terreno o de edificio, según el carácter de la finca a que se refiera, y los Ayuntamientos podrán exigirlo para la parcelación, edificación y cualquier utilización de los predios».

Ambos medios jurídicos de protección al consumidor se expiden bajo la responsabilidad del Ayuntamiento (30). Y decimos consumidor y no administrado porque el concepto comunitario de consumidor incluye al administrado frente a cualesquiera servicios públicos, ya que el concepto de consumidor se identifica con la posición jurídica de una persona determinada en la entrega de bienes y en la prestación de servicios públicos y privados, cualificada por su alienidad profesional, empresarial o económica (31).

B) LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 45 DEL TEXTO REFUNDIDO DE 1992

El artículo 45 del Texto Refundido contiene una serie de disposiciones que siendo complementarias del Real Decreto 515/1989 (32) ahondan en la protección administrativa del consumidor, pues aunque el Texto Refundido es norma de tal naturaleza, establece prescripciones de efecto civil por transgresión de los deberes urbanísticos de informar al adquirente.

De esta forma, el artículo 45 dispone: «Información urbanística y enajenación de terrenos.

1. El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el planeamiento, o edificios o industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas circunstancias en el correspondiente título de enajenación (33).

(30) V. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo* (Texto Refundido de 1992), Ed. Cívitas, 6.ª ed., Madrid, 1993, t. I, págs. 338 y concordantes. Tanto para este punto como para los restantes de este breve estudio nos remitimos a los *Comentarios* de GONZÁLEZ PÉREZ, obra clásica y difícilmente sustituible en el estudio de Derecho urbanístico.

(31) V. artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas (DOCE 21-4-93) y mi estudio *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, pendiente de publicación.

(32) V. su estudio en mi libro *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, Ed. Cívitas, 2.ª ed., Madrid, 1993.

(33) Declaración que se refuerza por la exigencia de escritura pública para las transacciones inmobiliarias. El consumidor cuenta además con el asesoramiento y advertencias notariales y los efectos de las normas penales protectoras de seguridad en el tráfico: falsedad en documento público y estelionato.

No olvidemos, por otro lado y en relación al Real Decreto 1558/1992, la importancia

2. En las enajenaciones de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular deberá hacerse constar la fecha de aprobación del planeamiento correspondiente y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes.

3. En los actos de enajenación de terrenos en proceso de urbanización deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma y cuyo cumplimiento esté pendiente.

4. La infracción de cualesquiera de las anteriores disposiciones facultará al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de un año, a contar desde la fecha del otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se hubiera irrogado.

5. La publicidad relativa a urbanizaciones de iniciativa particular deberá expresar la fecha de aprobación del correspondiente planeamiento y no podrá contener indicación alguna en pugna con sus cláusulas».

Y si la protección del consumidor o adquirente es la causa común de estas normas, en cuanto tienden a erradicar la parcelación y la edificación ilegales de terrenos, el fundamento hemos de hallarlo, según hemos indicado, en la imperatividad de las disposiciones urbanísticas, disposiciones de orden público que salvaguardan el planeamiento de la contratación civil irregular, e irregular administrativamente. Paralelismo que evita el sistema positivo de publicidad registral al que hemos aludido con reiteración.

La secuela de la imperatividad, por otra parte, no es otra que la *subrogación real del adquirente* en la posición del propietario anterior, cuyos efectos ha estudiado GONZÁLEZ SALINAS en el conocido libro *Sistema de compensación y terceros adquirentes del suelo* (34). Dice el artículo 22 del Texto Refundido, bajo el epígrafe «Enajenación de terrenos y deberes urbanísticos»: «La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la legislación urbanística aplicable o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos. El adquirente quedará subrogado en el lugar y

del sistema positivo de publicidad registral, unido a la certificación de información continuada con domicilio del comprador, prestamista o Notario —a efectos de notificación instantánea de cualquier alteración de la finca—, artículo 354 del Reglamento Hipotecario, y el propio artículo 432.d) del mismo Reglamento, que dice: «En caso de que, vigente el asiento de presentación y antes de su despacho, se presente mandamiento judicial en causa criminal ordenando al Registrador que se abstenga de practicar operaciones en virtud de títulos otorgados por el procesado, el plazo de vigencia de los asientos de presentación podrá ser prorrogado hasta la terminación de la causa». Artículo —éste— que supone un importante medio de paralizar los efectos de un hipotético fraude inmobiliario toda vez que las críticas al nuevo Real Decreto 1558/1992 no tienen en cuenta su relación con dicho precepto y con el artículo 531 del Código Penal sobre «estelionato».

(34) Ed. Montecorvo, Madrid, 1987.

puesto del anterior propietario en los derechos y obligaciones vinculados al proceso de urbanización y edificación, así como en los compromisos que como consecuencia de dicho proceso hubiere contraído con la Administración urbanística competente».

La interrelación entre ambos preceptos es patente. La publicidad necesaria y la facultad resolutoria protegen al adquirente que por ignorancia o intrepidez contrata inopinadamente al margen de la legalidad urbanística. Y podemos añadir: y contrata sin las garantías de la escritura pública de la inscripción registral, ya que tanto el Notario como el Registrador, en ejercicio de sus deberes legales, advertirán dicha situación.

C) LA SUPERPOSICIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

La congruencia interna de la Administración impone, bajo su responsabilidad, la necesaria estimación de los pronunciamientos divergentes en orden a la aprobación de los proyectos mediante las oportunas licencias urbanísticas y la expedición de las certificaciones de esos actos administrativos que, vulgarmente, se conocen también por el nombre de licencias en cuanto acreditan la adecuación del acto a la clasificación y calificación del suelo sobre el que se realiza. Y así, como en otras ocasiones he tenido la oportunidad de destacar (35), las licencias de parcelación, de edificación, de primera utilización de los edificios, de habitabilidad o de ocupación, jalonadas en el tiempo, hacen presuponer la última de ellas el otorgamiento de la anterior, sin que esa discordancia o superposición de licencias dispares no haga nacer la responsabilidad administrativa frente al consumidor, que se subroga en una posición jurídica contraria, por razones de planeamiento, a la que la licencia revela.

D) LA PUBLICIDAD REGISTRAL

En nuestra concepción global de las disposiciones administrativas, en general, y del urbanismo, en concreto, concibo el Registro de la Propiedad —y la publicidad registral en consecuencia— siguiendo el planteamiento de LASO MARTÍNEZ, CHICO Y ORTIZ, ARNAIZ EGUREN y CAMY, como centro de relaciones jurídicas interdisciplinarias, en términos certeramente expresados por GARCÍA GARCÍA; y en este sentido la misión de esa labor de correlación de disposiciones civiles y administrativas sólo tiene un límite por lo que se refiere al previo cumplimiento de los requisitos de esta última naturaleza, y

(35) V. «Disciplina urbanística y protección al consumidor», en *Anales de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Las Palmas*, t. I, «Jurisprudencia autonómica y disciplina urbanística», Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1992

es ese límite la seguridad del consumidor o tercero. Límite aplicable incluso a las declaraciones de obra nueva —punto de discrepancia—. Así, nuestra postura aboga por la plena coordinación no impeditiva de la inscripción por irregularidad urbanística —en el presente caso— presunta. Es decir, el sistema positivo de publicidad, medio de colaboración con las Administraciones públicas y con los terceros que contratan en base al contenido del Registro, porque la publicidad disuasoria es medio directo y eficaz del cumplimiento de las normas aplicables al caso concreto, sin que la denegación del asiento ofrezca mejor vía de protección de la legalidad urbanística (36). Denegación o suspensión —*sensu stricto*— que abandona el acto a la clandestinidad, provocando, por un lado, la discordancia entre la realidad física y la realidad jurídica registral, y la posible y paradójica —tracto sucesivo— anotación preventiva de un expediente de disciplina urbanística contra una edificación ilegal —derribo— cuya declaración de obra nueva no se ha inscrito.

7. URBANISMO Y DERECHO COMUNITARIO

A pesar del artículo 222 del TCEE, no podemos desconocer la existencia de una potencial intervención de las CC.EE. en materia de urbanismo en cuanto afectan sus condiciones objetivas a la calidad de vida de los ciudadanos o/y a la protección de los consumidores. Sin embargo, la *conexión comunitaria* es imprescindible, ya que como muestra la STJCE en los asuntos 20/1987 y 21/1987, el Derecho comunitario atiende a las relaciones intercomunitarias y no a las estrictamente internas; en este caso las licencias urbanísticas para la ampliación de un local de negocios, requeridas por las leyes nacionales francesas, no suponen discriminación alguna ni atenta a la libre competencia frente a un ciudadano francés (37).

De esta materia nos hemos ocupado en el estudio citado, *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, y a él nos remitimos.

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad
Académico de Legislación y Jurisprudencia
de Las Palmas

(36) V. sobre declaraciones de obra nueva: GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo y nuevo régimen de las licencias urbanísticas*, cit.; LASO MARTÍNEZ, *RCDI*, núm. 601; CHICO Y ORTIZ, *RCDI*, núm. 602, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *RCDI*, núm. 604, ARNAIZ EGUREN, *RCDI*, núm. 607, y CORRAL GUÓN, núm. 606

(37) V. VALLEJO LOBETE, «La influencia del Derecho comunitario en el ámbito de los Derechos civiles nacionales», *GJCE*, núm. 92/1991, págs. 6 y sigs.. Sentencias de 8-12-1987, a. Gauchard, y de 20-4-1988, a. Bekaert.

El ejercicio de la facultad de elección en las obligaciones alternativas

1. La elección, en cuanto significa determinar con cuál de las prestaciones debidas va a tener cumplimiento la obligación alternativa, se instrumentará por cualquier vía jurídicamente relevante para conseguir semejante objetivo. Como nos recuerda GIORGI, hubo un tiempo en que para el pensamiento clásico (COLMET DE SANTERRE, DEMOLOMBE, etc.) la elección, cuando correspondiese al acreedor, debía hacerse mediante demanda, y si concernía al deudor a través de una oferta real o consignación, pero que ya el mismo LAURENT había sostenido que era suficiente al respecto cualquier manifestación de voluntad del deudor o del acreedor a quien pertenezca la elección, sin necesidad del consentimiento explícito o la aceptación de la otra parte (1).

Y no parece que deba ser otro el tratamiento de la materia. Acreedor o deudor facultado para realizar la elección de una u otra de las prestaciones disyuntivamente adeudadas, deberá realizar la determinación precisa para que la incógnita prestacional quede despejada y el vínculo adquiera el grado de concreción que permita su cumplida verificación. Semejante comportamiento de las partes constituye una exigencia derivada de la naturaleza misma de la obligación alternativa y el camino idóneo, fuera del supuesto de la reducción de ésta a obligación simple por la imposibilidad sobrevenida sin culpa de todas menos una de sus prestaciones, para que tenga lugar el juego selectivo previsto en dicha variedad obligatoria.

Desde el momento en que estamos en el campo de determinación objetiva a cargo de los sujetos, resulta necesario vincular el mismo al ámbito de las declaraciones o manifestaciones de voluntad. La elección constituye una declaración de voluntad unilateral por parte del deudor o del acreedor, orientada a precisar a través de cuál de las varias prestaciones debidas al

(1) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, págs. 441-442.

vínculo alternativo va a tener realización y que, como toda manifestación de voluntad, podrá tener lugar de manera expresa o en forma tácita.

2. Sobre la base de que en el párrafo segundo del artículo 1.286 del Código Civil italiano se establece que «la elección se hace irrevocable con la ejecución de una de las dos prestaciones o bien con la declaración de elección comunicada a la otra parte», buena parte de la doctrina ha tendido a considerar que existen dos formas de practicar la elección: una, mediante la declaración de voluntad del sujeto legitimado, y la otra, a través de la realización por el deudor de una de las prestaciones sin advertencia previa, o de la aceptación del cumplimiento por el acreedor sin preliminar reclamo por su parte.

En realidad, en uno y otro caso estamos en el ámbito del único campo de las declaraciones de voluntad, sin que quepa estimar que sólo en el primero tropezamos con una genuina exteriorización de la voluntad, mientras en el segundo tan sólo tiene lugar una actuación de voluntad, porque como resalta con acierto RUBINO, también la ejecución efectiva de una prestación o la aceptación de dicha ejecución suponen, en principio, manifestación de la voluntad de elección, sólo que en tales supuestos no se trata de una manifestación expresa, sino tácita (2).

Es obvio que en esta materia, regida por el principio de autonomía de la voluntad, nada obsta a que las partes se pongan de acuerdo para realizar de consuno la elección o para que aun correspondiendo la misma en exclusiva a acreedor o deudor el facultado permita al otro participar en la designación del objeto a cumplir, porque como puede leerse en la Sentencia de 6 de marzo de 1941, «aun existiendo pacto expreso de elección a favor del acreedor, no excluye la posibilidad de que éste convenga con su deudor los términos del cumplimiento»; pero, asimismo, admitidas dichas variantes, debe reconocerse que la hipótesis normal de elección vendrá dada por la circunstancia de que la elección se estime hecha desde el momento en que la parte que ostente el *ius electionis* manifieste expresa o tácitamente su voluntad, sin que haga falta aceptación de la misma por la otra.

3. No siempre, sin embargo, se ha admitido sin réplica el carácter unilateral de la declaración de elección, ya que, sobre la base de una cierta imprecisión de las fuentes romanas en este punto, buena parte de la civilística clásica estimó que la determinación del objeto sólo podía considerarse plena cuando el señalamiento hecho por uno de los sujetos hubiera sido aceptado por el otro. Nuestro Tribunal Supremo también en algún

(2) RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, pág. 60.

momento sucumbió a esta concepción, y así en la Sentencia de 16 de mayo de 1923 puede leerse que la efectividad de la opción depende de que la elección hecha, aparte de notificarse al acreedor, sea aceptada por éste o se declare procedente.

ALBALADEJO considera que dicha concepción debe rechazarse porque la misma supondría la negación de que cualquiera de los sujetos tuviese derecho a elegir, algo que implica el que «prospera sin más, es decir, sin necesidad de aceptación, la elección que él haga» (3). Aparte de que, como se ha tenido ocasión de considerar en páginas antecedentes, es más que dudosa la hipótesis de que en la elección pueda verse la presencia de un genuino derecho subjetivo, siempre cabría estimar que el supuesto derecho de elegir se conformaría como derecho a tomar la iniciativa en el momento de practicar la selección prestacional, esto es, como derecho a plantear o sugerir a la otra parte con cuál de las prestaciones debidas se intenta cumplir la obligación, circunstancia que, sin duda, precisaría de la aceptación del destinatario, pero que no tendría por qué arrebatar la condición de derecho al mecanismo jurídico puesto en funcionamiento.

La explicación de la negativa a la aceptación no debe ir por ese camino, sino por el de indagar las consecuencias que determinaría la exigencia de aquélla. Si a la elección por parte del acreedor o del deudor debiera corresponder siempre, para que fuera eficaz, la aceptación del otro de los sujetos, en una fase tan circunstancial e instrumental como es la de determinar a través de cuál de las diversas prestaciones debidas se va a cumplir la obligación alternativa, tendríamos, nada más y nada menos, que la conclusión de un genuino contrato entre los sujetos participantes, algo que se nos revela como absolutamente exagerado e impropio en cuanto el referido contrato no serviría ni para constituir, ni para regular, ni para extinguir una relación obligatoria entre los contratantes, que son los cometidos normales de semejante variedad negocial.

Aparte de que toda la construcción legal de que sea uno u otro de los sujetos involucrados quien ostente el *ius electionis* no sólo para actuarlo, sino también para instrumentar un variado cuadro de posibilidades jurídicas en el caso de que sobrevenga la pérdida de algunos de los sujetos debidos, dejaría de tener sentido y justificación en el caso de que siempre hiciese falta el acuerdo de los interesados para que la elección sea eficaz. Y dejaría de tener sentido porque al tener que practicar la selección del objeto mediante el juego combinado de las voluntades de ambos sujetos, quizá ya no estaríamos en el ámbito de una genuina obligación alternativa, sino ante un supuesto de formación sucesiva del contrato en el que «el concurso de la

(3) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, pág. 167.

oferta y de la aceptación sobre cosa» (art. 1.261 CC) se habría demorado por las partes contratantes para un momento ulterior.

Cuando lo cierto es que el acto de ejercicio de la elección, aun tratándose de una declaración expresa, no sólo no constituye contrato, sino que ni siquiera negocio jurídico unilateral, porque no se advierte en modo alguno cuál sería la reglamentación de intereses que semejante declaración instrumenta. Cuando el deudor o el acreedor manifiesta que es ésta y no otra la prestación que en definitiva va a ser realizada, de la misma manera que no están ejercitando derecho alguno, tampoco concluye ningún negocio jurídico porque la suya no es una declaración de voluntad negocial, ni siquiera de tipo modificativo, sino únicamente de tipo instrumental, en cuanto no pasa de ser otra cosa que una determinación voluntaria que clarifica y posibilita el camino para que la obligación alternativa pueda ser cumplida.

4. Hemos dejado dicho en otro lugar que cuando tiene lugar la elección del objeto a cumplir, en realidad no se pasa de una simple reordenación de los elementos presentes en la obligación, de un reacomodo fáctico, de preparar materialmente la relación obligatoria para que pueda efectuarse su ejecución. Ver en ello un negocio jurídico sin duda resulta improcedente porque no se acierta a percibir el juego de intereses comprometido ni dónde se encuentran aquellos efectos jurídicos *ex voluntate* que parecen hallarse en la base y caracterización de todo genuino negocio jurídico (4).

Al practicar la elección ni se constituye ni se extingue ni aun siquiera se modifica la relación obligatoria existente entre las partes, por lo que por más que quepa hablar de declaración de voluntad de una de ellas, bajo ningún concepto será posible configurar la misma como constitutiva de negocio jurídico en razón de que no se trasciende del estricto campo de la ordenación de los elementos fácticos presentes en la obligación alternativa; y ello no parece constituya factor suficiente para poner en pie un auténtico negocio jurídico. Como bien dice RUBINO, el acto de ejercicio de la elección tiene como efecto propio e inmediato determinar un elemento de hecho (la prestación debida), de manera tal que las mutaciones jurídicas que se derivan de ella no son efecto directo de la elección, sino meramente indirecto, en cuanto constituyen simple consecuencia de la determinación de la prestación que ha provocado (5).

Declaración de voluntad, pues, expresa o tácita, a través en este segundo supuesto del *factum concludentium* de la ejecución efectiva de una prestación por parte del deudor o la aceptación de dicha ejecución por parte del acre-

(4) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 34.

(5) RUBINO, *Delle obbligazioni*, *op. cit.*, pág. 69.

dor, según corresponda a uno u otro la titularidad del *ius electionis*. Ahora bien, semejante declaración de voluntad por la que se instrumenta al ejercicio de la facultad de elegir es, además de unilateral, recepticia; es decir, que aunque, según se ha tenido ocasión de ver, no hace falta para su eficacia la aceptación de la otra parte, sí se precisa, empero, que su destinatario tenga conocimiento de ella. Estamos en el campo de la notificación de la elección.

5. A tenor del artículo 1.133 del Código Civil, «la elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada», y de acuerdo al artículo 1.136 *eiusdem*, «cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiese sido notificada al deudor». Es decir, la obligación nacida como alternativa no pierde ese carácter por más que el sujeto al que esté atribuida la elección realice la misma en tanto no tenga conocimiento de la determinación practicada el otro sujeto de la relación obligatoria, por lo que la notificación (*rectius*, «conocimiento») de la elección se configura como un requisito de eficacia de ésta.

Aunque no con el grado de precisión técnica exigible, nuestro Tribunal Supremo así lo viene reconociendo desde antiguo al declarar que «la efectividad de la opción que dicho artículo (1.132) autoriza depende de que la elección hecha se haya notificado al acreedor» (Sentencia de 16 de mayo de 1923) y que «la obligación alternativa se convierte en obligación simple y vinculará al obligado a su cumplimiento cuando aquel a quien esté atribuida la facultad de elección la notifique fehacientemente a dicho obligado» (Sentencia de 2 de marzo de 1956).

Con dos precisiones. Una, que lo verdaderamente determinante a la hora de la fijación de la obligación alternativa y de su tratamiento como obligación simple no es tanto, pese a la literalidad de la Ley, la notificación a la otra parte, sino su conocimiento. ALBALADEJO parece no entenderlo así cuando considera que la elección no produce efecto aunque dicha otra parte tenga conocimiento o noticia de la misma por un medio distinto a la notificación (6), mientras HERNÁNDEZ-GIL considera que «como en orden a la notificación lo importante es el fin perseguido, el conocimiento, y no el medio utilizado, carece de trascendencia omitirla si el destinatario de la notificación se da por enterado de la elección» (7).

6. Este parece ser el criterio correcto. La Ley habla de notificación como mecanismo ordinario y normal para que el sujeto interesado venga a conocimiento de la determinación prestacional tomada por la otra parte,

(6) ALBALADEJO, *Comentarios* ., XV-2, *op cit*, pág. 146.

(7) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 146

pero éste y no aquélla es lo esencial, porque no se trata tanto de que el titular del *ius electionis* resulte vinculado a poner en funcionamiento algún tipo de actuación informadora, sino de que una vez tomada la determinación de cuál de las prestaciones debidas va a ser ejecutada, quién ha de recibirla o quién ha de efectuarla, sepa cómo se ha concentrado el objeto plural de la relación obligatoria. De requerirse estrictamente la notificación, no se entendería cómo tendría lugar la misma en los supuestos en que la declaración de elección se realiza tácitamente, esto es, mediante el pago del deudor o su aceptación por el acreedor, porque en los mismos es obvio que no se da la comunicación previa al interesado, aunque no existe inconveniente para unimismar el acto del conocimiento y el de la realización de una de las prestaciones.

Y la otra, que a pesar de que la Sentencia de 2 de marzo de 1956 hable de «notificación fehaciente», es obvio que cuando la notificación o comunicación por parte del deudor o del acreedor tenga lugar, no precisa de forma alguna (otra cosa es que exista acuerdo sobre tal extremo), sino que podrá realizarse a través de cualquiera de los medios de comunicación que en el sentir ordinario se estiman como suficientes al objeto de tener noticia de un determinado evento. En consecuencia, por más que pueda resultar conveniente a efecto de preconstituir la prueba de fehaciencia de la notificación, como dice HERNÁNDEZ-GIL, cabría efectuar la notificación, bien por conducto notarial, bien a virtud de una demanda de conciliación, bien por carta constatando su expedición y recepción o por cualquier otro medio privado de comunicación (8).

7. Notificada la elección practicada, ¿se retrotraerán sus efectos al momento en que tuvo lugar el acto de voluntad que produjo la determinación prestacional? Como se observará, la interrogante es la misma que la que se plantea Díez-PICAZO a propósito de si los efectos de la elección se producen desde que ésta se emite por el que elige, siempre que después sea efectivamente comunicada, o si sólo se producen desde que la declaración de elección llega a conocimiento de la otra parte (9), porque en el fondo de lo que se trata es de dilucidar si cabe o no atribuir eficacia retroactiva a la notificación.

La doctrina española (Díez-PICAZO, ALBALADEJO), a la vista de la aparente claridad de los artículos 1.133 y 1.136 del Código Civil, no parece albergar duda alguna sobre la circunstancia de que los efectos de la elección arrancan desde el instante mismo en que el interesado tiene conocimiento de ella,

(8) *Ibidem*.

(9) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 504.

sin ninguna otra incidencia *ex tunc*; y, sin embargo, la cuestión no es tan clara o, al menos, permite alguna reflexión al respecto.

Efectivamente, una cosa es que la notificación o el conocimiento constituya elemento preciso para que la elección realizada por el deudor o el acreedor produzca su peculiar efecto de conformar la obligación alternativa como simple, y otra, perfectamente diferenciable, que acaecido tal evento no pueda retrotraerse semejante consecuencia jurídica al instante en que la elección tuvo lugar. Si se observan bien las cosas, el artículo 1.133 del Código Civil lo que viene a decir es que la elección practicada no resulta operativa mientras no sea objeto de comunicación, pero no excluye la posibilidad de que una vez notificada puedan arrancar sus efectos desde la fecha en que jurídicamente resultó conformada. Es decir, que sin notificación la elección no es eficaz, pero no necesariamente que presente la notificación no sea posible contemplar los efectos de la elección desde la fecha de su real existencia, habida cuenta, sobre todo, que la notificación no es elemento constitutivo o esencial de la elección desde el momento en que no integra su estructura, sino tan sólo circunstancia precisa para que la misma desarrolle sus consecuencias, esto es, simple requisito de eficacia.

También en el caso de un negocio sometido a condición suspensiva su eficacia depende de que el evento llegue a tener realidad, pero ello no obsta a que producido tal acontecer los efectos negociales se hagan arrancar de la fecha de conclusión del negocio (art. 1.120 CC), porque en el campo de la eficacia nada impide que las consecuencias jurídicas se contemplen a partir del instante en que el mecanismo que las genera ve levantarse el obstáculo que provocaba su detención; y todo parece reclamar semejante situación, habida cuenta de que no se está en presencia de un elemento de existencia, sino frente a otro de mera efectividad.

Es decir, que así como resulta natural que cuando se completa una figura jurídica mediante la aparición de aquel de los factores estructurales que faltaba (caso de formación sucesiva del negocio y otros), no quepa estimar que aquélla debe considerarse existente desde el instante mismo en que arrancó su configuración, porque ello equivaldría a tener presente algo que en realidad no existió, no se da obstáculo de importancia para que semejante situación se produzca cuando la figura ya estaba completa desde el principio y lo único que faltaba era despejar el factor que por mandato legal detenía su eficacia.

Esto es lo que pienso ocurre en el tema que nos ocupa. La notificación no es una *conditio iuris* para la validez de la elección, sino mera *conditio iuris* para la eficacia de la misma y, por tanto, en cuanto la determinación prestacional está completa desde el momento en que el acreedor o el deudor manifiesta su voluntad al respecto, por más que no resulte eficaz en cuanto la Ley ha subordinado su eficacia a la notificación al destinatario, no existe

obstáculo para que una vez realizada ésta los efectos se estimen desde que tuvo lugar la elección, porque la misma ya estaba rectamente constituida y completa, por más que no fuese todavía eficaz al faltar el supuesto que detenia su operatividad jurídica. Este es el tipo de argumento jurídico que suele utilizarse para justificar la retroactividad de la condición suspensiva cumplida, y no se alcanza a ver la razón para que no pueda jugar también en el punto que nos ocupa, máxime cuando la notificación no presenta algunas de las notas que hacen más problemática y dudosa la regla de la retroactividad en el campo de las condiciones.

8. En íntima conexión con la materia que se está tratando está la de si una vez realizada la elección podrá el que la hizo modificar su criterio e inclinarse por una u otra de las prestaciones distintas a la originariamente elegida o, lo que es lo mismo, si la elección es o no revocable. Y decimos en íntima conexión porque la circunstancia de que sostengamos la notificación de la elección hace arrancar los efectos de ésta de la fecha en que se adoptó, no empuja en nada la consideración de que, con antelación a la comunicación, pueda el titular del *ius electionis* variar de opinión, ya que la retroacción de efectos sólo se producirá una vez que se haya puesto en conocimiento del destinatario la opción practicada por aquél.

Ya tuvieron ocasión de considerar los romanistas que en el ámbito del Derecho romano y de referir que cuando la elección correspondiese al deudor, la *variatio* o *mutatio voluntis*, quedaba abierta hasta el momento mismo del pago, mientras que si concernía al acreedor, no obstante la disparidad de criterios, podía razonablemente concluirse que en el Derecho clásico cabría revocar la elección hasta el momento de la *litis contestatio* y en el Derecho justinianeo hasta que procediese a reclamar judicialmente una de las prestaciones disyuntivamente debidas.

La civilística moderna se ha mostrado más restrictiva en relación al ejercicio del *ius variandi* y, como ha recordado MARANI TORO, se orientó en dos grandes direcciones: una, que permitía la modificación de la elección realizada hasta el momento en que era aceptada por la otra parte, y la otra, que hacía arrancar la exclusión de semejante facultad modificativa del simple hecho de la notificación (10). En la primera dirección se inclinaron autores como ZACHARIE, DEMOLOMBE y RICCI, mientras en favor de la segunda rompió brecha LAURENT, en razón de que, como posteriormente resaltaría GIORGI, por más que la elección será definitiva e irrevocable cuando haya sido aceptada, puede llegar a ser definitiva aun antes de la aceptación siempre que sea notificada (11).

(10) MARANI TORO, «Natura ed effetti delle obbligazioni alternative», en *Rivista di Diritto Civile*, 1932, pág. 87

(11) GIORGI, *Teoría de las obligaciones.*, IV, op. cit., pág. 443.

Nuestro Código Civil no contiene previsión expresa al respecto, ya que se limita a establecer que «la elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada» (art. 1.133), con el alcance y circunstancias que más arriba han quedado especificados. Ahora bien, cabe plantearse la pregunta de qué ocurrirá con la elección que haya hecho el acreedor o deudor antes de que la misma haya sido notificada o después de su notificación. ¿Podrá el que elige mudar de opinión e inclinarse por una prestación distinta de la que originariamente escogió? Esto es, ¿cuál será el campo de actuación del *ius variandi* que parece connatural a la sustancia de la obligación alternativa?

9. Que antes de que se produzca la comunicación al otro sujeto quepa la mutación de criterio en orden al objeto con que se va a cumplir la obligación disyuntiva parece de todo natural y propio en razón de que estamos en presencia de una declaración recepticia que no ha llegado a su destinatario y de que no se ha generado ningún interés legítimo que justifique la negación al acreedor o deudor optante de la posibilidad de volver sobre sus pasos. La irrevocabilidad de un acto jurídico y el juego del principio *adversus factum proprium venire non potest* sólo se justifican cuando la mutación que se intente entre en conflicto con expectativas generadas a favor de los otros sujetos involucrados en el operativo jurídico puesto en marcha, pues en principio, de la misma manera que la persona es libre de materializar o no una determinación jurídica, lo es también de retractarse de aquella ya emitida en base a un genérico y legítimo *ius poenitendi* que forma parte del estricto campo de su libertad civil.

Pero es que, además, así resulta también de la particular conformación jurídica que la Ley otorga a la elección. En efecto, si ésta no produce efecto mientras no haya sido notificada (art. 1.133 CC) y si la obligación no deja de ser alternativa hasta que el acreedor comunique al deudor la determinación que ha adoptado (art. 1.136 CC), parece fuera de toda duda que mientras no tenga lugar semejante acontecer la concentración de la obligación alternativa no se ha producido y, por ende, sigue abierta la puerta para proceder a nueva selección y para variar la elección primeramente practicada. Es lo que resalta ALBALADEJO al advertir que, en base a dichos preceptos, hasta que tiene lugar la notificación, la elección no es irrevocable, pues si fuese irrevocable ya no habría obligación alternativa por haberse concentrado en la prestación elegida, y en consecuencia los «efectos se producen desde entonces, es decir, desde la notificación, no sólo frente a la otra parte, sino también para el elector; luego no cabe decir que para éste los efectos de la elección se producen desde que la realizó, sin necesidad de esperar a que fuese notificada» (12).

(12) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, págs 171-172.

10. En consecuencia, no parece existir obstáculo alguno para que adoptada la determinación prestacional e incluso remitida la misma a la contraparte sea posible todavía la retractación, la vuelta atrás, no sólo mediante la selección de una prestación diferente, sino también mediante el retorno al *statu quo ante*, es decir, al estadio en que no se había elegido prestación alguna en virtud del arrepentimiento respecto a la determinación tomada. Mientras el destinatario de la declaración de elección no esté en conocimiento de ésta, cabe detener el curso de la misma a través de cualquiera de los medios que permita paralizar su progresión o que ponga en antecedentes a su futuro receptor del cambio de parecer que se ha producido en el autor de la elección.

ALBALADEJO habla de que la declaración de elección, incluso remitida ya a la otra parte, puede ser revocada, realmente invalidada antes de llegar a perfeccionarse, expresión en la que se comete alguna imprecisión jurídica, pues en primer término la declaración de elección no se perfecciona cuando es notificada, sino que tan sólo se hacen depender sus efectos de que llegue a conocimiento de su destinatario como sucede con cualquier declaración recepticia (sería ilógico que una declaración de voluntad, cual es la de elección, no quedase perfecta por la sola determinación del sujeto que la emite), y en segundo lugar, no se trata de la invalidación de la declaración no recibida, en cuanto, como se ha dicho, no estamos en presencia de un negocio jurídico y la paralización de la misma, más que un supuesto de invalidez jurídica conforma la mera situación de desaparición de una manifestación de voluntad. Incluso, *strictu iuris*, ni siquiera es correcto hablar de revocación, pues ésta configura un caso de ineficacia sobrevenida que debe circunscribirse al ámbito de los negocios jurídicos.

11. El problema puede surgir a la hora de preguntarse si una vez hecha la notificación y puesto en conocimiento, por tanto, el destinatario de la misma con cuál de las prestaciones debidas se va a cumplir la obligación alternativa, cabría todavía la retractación, sería posible que el acreedor o deudor cambiase de opinión respecto a la prestación elegida. La doctrina, en general, se ha mostrado siempre contraria a semejante posibilidad y los pocos Cuerpos legales que contemplan dicha hipótesis se inclinan también por su exclusión, a la manera del artículo 1.286 del *Codice Civile* cuando consigna que «la elección se hace irrevocable... con la declaración de elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección se hace por un tercero».

Nuestro Código Civil calla al respecto. Se limita a establecer, como sabemos, que para que la elección sea efectiva debe ser considerada y comunicada, pero ¿significa ello necesariamente que una vez producida semejante notificación ya no cabe variar de opinión, ya no es posible revocar la elección realizada?

El artículo 1.133 del Código Civil no dice precisamente eso, sino que la elección produce sus efectos con la notificación, por lo que cabría suponer que, no obstante la comunicación efectuada, pudiese todavía el que eligió cambiar de parecer, porque una cosa es que la elección resulte eficaz a partir de la notificación y otra, jurídicamente diferente y autónoma, que desde ese instante resulte irrevocable. Así será si la Ley lo dice expresamente (tal cual ocurre en el art. 1.286 del *Codice*), pero parece que no existe necesidad absoluta de concluir en ese sentido cuando la norma calle (como ocurre en nuestro Ordenamiento civil), aunque sólo sea porque estamos en el ámbito de lo dispositivo, en el que lo no prohibido está permitido, y porque el hecho de que un mecanismo jurídico devenga eficaz no supone un valladar insuperable para su posterior revocación en cuanto, como queda dicho, la revocación es un supuesto de ineficacia sobrevenida que existe precisamente la producción de efectos del acto o negocio revocado.

Decir que porque la elección se hace eficaz a través de su notificación a la otra parte ya por eso resulta irrevocable cuando la Ley nada prescribe al respecto sería, quizá, lo mismo que sostener que una donación no puede ser revocada cuando haya producido los efectos que le son propios; y sabido es que la revocación de las donaciones se realiza precisamente para destruir las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas. Porque una cosa es que a partir de determinado factor (en nuestro caso la comunicación) comiencen los efectos y otra que una vez generados éstos el supuesto resulte irrevocable, ya que al diferenciar se estarían poniendo en interrelación categorías no homologables e, incluso, se estaría negando la revocación en el único caso en que tiene sentido: cuando por su través se quieren destruir los efectos jurídicos del acontecer que es objeto de la retractación unilateral que la revocación supone. Y todo ello al margen de que en puridad quepa o no hablar de revocación, al margen de un expreso precepto que la contemple por la operancia del superior principio de la conservación de los negocios.

Y, sin embargo, no parece que quepa elucubrar en pro de la posición que se intuye en las líneas que anteceden, pero no por la particular dicción del artículo 1.133 del Código, que ello no compromete ni en un sentido ni en otro, sino porque así debe resultar de la particular conformación de esa especie obligatoria que llamamos obligaciones alternativas.

12. En efecto, sabemos que la peculiaridad más resaltante de las mismas consiste en que por virtud de la concentración la diversidad prestacional se resume en una única prestación de las disyuntivamente debidas y que dicha concentración se produce a través de la imposibilidad sobrevenida de las restantes o por medio de la elección efectuada por aquel de los sujetos

que tenga derecho a ello. En consecuencia, cuando nos encontramos en la esfera de esta segunda hipótesis, una vez que legalmente se entienda hecha la elección (en nuestro caso cuando tenga lugar su notificación), la obligación será una obligación simple o unitaria con una sola prestación, algo que torna impensable cualquier posibilidad de ejercicio del *ius variandi*.

Y lo torna impensable, porque si se admitiera que el acreedor o el deudor puede cambiar de opinión e inclinarse por otra prestación, la pregunta lógica debería ser la de ¿cuál sería ésta?, ya que el elenco prestacional se ha esfumado desde el momento en que la obligación devino simple. Si no existe ya posibilidad de elegir entre prestaciones diversas porque la diversidad de objetos debidos se ha resumido en uno solo, resulta obvio que no cabe pensar en la revocabilidad de la elección después de notificada, pues ello conduciría a la paradójica situación de que no se cumple con el objeto elegido en cuanto se da la retractación, pero tampoco con algún otro en razón de que han dejado de pertenecer a la esfera de la obligación. Sería tanto como haber construido un instrumento jurídico, el de la revocación de la elección notificada, para tener que concluir que el mismo no puede operar porque no existen, ni pueden existir, los presupuestos que posibilitarían su actuación; algo que además de estéril se aproximaría peligrosamente a lo absurdo.

Pero es que existe otro argumento adicional. ¿Tendría sentido que en una de las variantes de elección, la de su declaración expresa, fuere posible la revocación, mientras en la otra, la de la ejecución de una de las prestaciones, no pudiera tener lugar? Desde luego que no, porque es elemental que una misma figura jurídica no puede estar sujeta a regímenes diferentes; y sabido es que tan elección prestacional es aquella que se patentiza mediante declaración expresa de voluntad como aquella otra que opera mediante la ejecución efectiva de una prestación o la aceptación de dicha ejecución (según corresponda al deudor o al acreedor el *ius electionis*), puesto que, como advierte con exactitud RUBINO, en estos últimos supuestos estamos también en presencia de una manifestación de voluntad, salvo que no sea expresa, sino tácita (13).

En efecto, aunque se sostuviera que cabe la rectificación cuando la elección realizada ha sido objeto de comunicación a la otra parte, siempre habría que considerar que cuando hubiera tenido ejecución una de las prestaciones debidas (supuesto de elección tan genuino como el otro), mal cabría estimar que aquí fuese posible la retractación, aunque sólo sea por el insalvable obstáculo de que mientras en la elección mediante declaración expresa la obligación alternativa se conforma como simple, en la elección mediante declaración tácita o pago ni siquiera cabe semejante posibilidad,

(13) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 60.

pues la obligación no es que sea ya alternativa o simple, sino que sencillamente ha dejado de existir, se ha extinguido. La lógica, el tratamiento unitario de la materia y la coherencia jurídica que debe tener cualquier solución que se predique para el conjunto de la figura imponen, inexcusablemente, considerar que una vez que la elección se ha consumado de una u otra forma, queda excluido el ejercicio del *ius variandi*.

De todas maneras, lo que no cabe considerar es que la negativa de la revocación de la elección en el caso de que ésta se plasme mediante manifestación expresa tan sólo opera cuando la misma haya sido notificada al otro sujeto, y no, en cambio, como pretende ALBALADEJO, cuando éste haya llegado a conocer por medios distintos a la notificación «el contenido de la elección que no se le notificó» (14). Y no cabe porque ello supone acogerse a la mera excusa literal de que la Ley habla de «notificación» (arts. 1.133 y 1.136 CC), cuando lo realmente procedente a los efectos que se consideran es que el interesado esté al tanto o tenga conocimiento de la selección prestacional que ha efectuado quien tiene derecho a ello, ya que, en palabras atinadas de HERNÁNDEZ-GIL, el fin debe preponderar sobre el instrumento, y aquí lo básico es el conocimiento del sujeto que ha de recibir o ha de ejecutar la prestación elegida (15) aunque sólo fuera por la consideración de que si bien de toda notificación deriva el conocimiento, éste se puede obtener por medios distintos y tan operativos como la notificación.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
en la Facultad de Derecho de Zaragoza

(14) ALBALADEJO, *Comentarios*, XV-2, *op. cit.*, pág. 172

(15) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, pág. 108.

¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?

SUMARIO: 1. EL CREDITO GARANTIZADO CON ANOTACION EN EL CODIGO CIVIL.—2. PLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA SOBRE EL CREDITO ANOTADO.—3. EL CREDITO ANOTADO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—4. LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1909.—5. ALGUNAS DUDAS SOBRE LA PRELACION DE CREDITOS.—6. LA ANOTACION DE EMBARGO Y LA ADQUISICION DEL BIEN ANOTADO.—7. LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE.—8. LA DOCTRINA ANTE LA COLISION DE LA ANOTACION Y LA ADQUISICION. MORELL Y TERRY.—9. POSICION INICIAL DE ROCA SASTRE.—10. LA OPINION DE JOSE MANUEL GARCIA.—11. POSTURA DE CAMY SANCHEZ-CAÑETE.—12. LAS ULTIMAS POSICIONES DE ROCA SASTRE.—13. OTRAS OPINIONES DOCTRINALES.—14. SALVEDAD SOBRE LA COLISION ENTRE CREDITOS.—15. DIFERENTES SUPUESTOS DE ENFRENTAMIENTO, ANOTACION-ADQUISICION.—16. LA RESOLUCION DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1988.—17. LA REFORMA PROCESAL DE 1992.—18. LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1992.—19. LA RESOLUCION DE 23 DE MARZO DE 1993.—20. POSIBLE SOLUCION A LA COLISION ANOTACION-ADQUISICION RETRASADA.—21. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA ANOTACION DE EMBARGO.—22. REFORMA LEGAL QUE SE PROPONE.

1. EL CREDITO GARANTIZADO CON ANOTACION EN EL CODIGO CIVIL

En la legislación hipotecaria de 1861 y 1869, el artículo 42 enumeraba entre los que podían pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro Público correspondiente a: «2.º El que en juicio ejecutivo obtuviera a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor». Y después el artículo 44 establecía: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 será preferido, en cuanto a los

bienes anotados solamente, a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación».

Con alguna leve variación en la redacción, esa normativa pasó a nuestro Código Civil. En efecto, el título XVII del libro IV se dedica a la concurrencia y prelación de créditos. El capítulo I contiene unas disposiciones generales, el II regula la clasificación de los créditos y el III la prelación de los mismos. Nos ocuparemos de la parte que fundamentalmente interesa; y, de entrada, hay que advertir que el capítulo I indicado comienza con el fundamental artículo 1.911, que consagra la responsabilidad patrimonial universal.

Dentro del capítulo II, que sienta los principios para la clasificación y graduación de los créditos, el artículo 1.923 establece: «Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: ... 4.º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores».

A su vez, dentro del capítulo III, el artículo 1.927 se ocupa del tema que nos afecta en la forma siguiente: «Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.

Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán en cuanto a su respectiva prelación las reglas siguientes:

1.ª Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.923 a los comprendidos en los demás números del mismo.

2.ª Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3.º del citado artículo 1.923 y los comprendidos en el número 4.º del mismo gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

3.ª Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el número 5.º del artículo 1.923 gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad».

2. PLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA SOBRE EL CREDITO ANOTADO

En la obra colectiva de *Comentarios al Código Civil*, editada por el Ministerio de Justicia, GULLÓN BALLESTEROS destaca que la preferencia que el artículo 1.923 atribuye a los créditos anotados es sólo sobre los posterior-

res a la anotación. Mas la observación fundamental es la antinomia que cree observar entre los artículos 1.923.4 y 1.927, regla 2.^a

Con relación a esta última, entiende que es injusto que la preferencia sea el premio por llegar primero al Registro. Y es que en las tercerías de mejor derecho se juzga sobre la base del 1.923. La solución de aquella antinomia puede estar en entender el 1.927 en el sentido de que la segunda anotación asegure un crédito de fecha posterior al garantizado por la primera. Pero con esta interpretación la regla 2.^a del artículo 1.927 resulta prácticamente inútil, pues podía decirse que para tal resultado sobraba con el artículo 1.923. Termina GULLÓN afirmando que otro es el planteamiento que se ofrece en el campo registral, puesto que el Registrador en él no debe decidir preferencias.

También se muestra crítico con la normativa del Código CAMY SÁNCHEZ CAÑETE en sus comentarios a la legislación hipotecaria. El legislador, dice, ha sido bastante descuidado en la redacción de los artículos 1.923.4 del Código y 44 de la Ley Hipotecaria. El límite que tiene la preferencia de los créditos anotados, esto es, jugar sólo sobre los posteriores, se compagina mal con ese orden riguroso de preferencia en atención a la prioridad de los asientos registrales, que es el que preconiza el artículo 1.927 del Código. El acreedor garantizado con anotación no puede esgrimir la protección de ella frente al acreedor anterior. Como tampoco el crédito anotado puede obtener la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por no reunir los requisitos para ello. En conclusión, la redacción de aquellos preceptos, 1.924.4 del Código y 44 de la Ley Hipotecaria, es la causante de este resultado insatisfactorio.

En su derecho inmobiliario registral, JOSÉ MANUEL GARCÍA también alude a las dudas sobre si ha de prevalecer el artículo 1.923.4 o el 1.927, regla 2.^a Es cierto que el artículo 1.923 repite básicamente la redacción consagrada en la primera Ley Hipotecaria. Pero frente a ello se alzan los siguientes argumentos: 1.º El artículo 1.927 a la hora de la verdad, o sea, a la de la prelación, atiende a las fechas de las anotaciones y no a la de los créditos; 2.º Como en el 1.923 la preferencia es sobre determinados bienes, no pueden trasvasarse a él los créditos del artículo 1.924 ni los del 1.925; 3.º El argumento que se desprende del párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria vigente.

Con relación a la anotación de embargo y al efecto que produce, en su obra *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, JUAN SARMIENTO RAMOS expone que tal anotación tiene un inequívoco carácter constitutivo respecto de la preferencia creditual referida en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923.4 del Código Civil. La preferencia nace, pues, de la anotación.

A su vez, FRANCO ARIAS en su obra sobre el procedimiento de apremio,

entiende que los créditos posteriores de que habla el artículo 1.923.4 del Código Civil son los créditos que no acceden al Registro de la Propiedad o que lo hacen con posterioridad a la anotación en virtud de otras inscripciones o anotaciones.

Conviene que nos detengamos ahora en la opinión que en sentido sustancialmente distinto había mantenido MORELL Y TERRY en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1916 y 1920. El artículo 1923 del Código establece la prelación sobre créditos posteriores. Pero ¿posteriores al crédito o posteriores a la anotación? Entiende que lo segundo.

No obstante, para MORELL la doctrina del Código Civil es algo ambigua y hasta contradictoria, porque del artículo 1.927, regla 2.ª, parece desprenderse que para nada hay que considerar la antigüedad del crédito. Existe, pues, una antinomia entre ese precepto y el del 1.923. Nuestro autor se inclina por aplicar preferentemente el 1.923, ya que es más fundamental en la materia. Así lo ha declarado una reiterada jurisprudencia, aunque ciertamente admite que no hay una sentencia que se plantee directamente el tema de la contradicción entre esos dos artículos del Código Civil.

El 1.927, regla 2.ª, se halla escrito sobre la base de lo preceptuado en el 1.923.4. Cada crédito entra en el orden de prelación del 1.927, tal como es y con arreglo a su naturaleza legal. El crédito simple, como un derecho personal, asegurado con la anotación, pero que sólo goza de preferencia en cuanto a créditos de fecha posterior a la anotación. El artículo 1.923 es el básico y además fiel reflejo del espíritu que en la Ley Hipotecaria domina en lo referente a las hipotecas judiciales. Por ello, el artículo 1.927, regla 2.ª, hay que aplicarlo en la forma que previamente le marca el 1.923, que es fundamental.

LACRUZ BERDEJO, en sus lecciones de Derecho inmobiliario registral, también alude a la relación entre los artículos 1.923 y 1.927. Al segundo no puede darse un valor absoluto, ya que entonces chocaría con el criterio del 1.923, el cual, en cuanto a los créditos nacidos antes de la fecha de la anotación, deja actuar al Derecho común.

En definitiva, para LACRUZ la anotación de embargo concede preferencia: 1.º Sobre los créditos posteriores a la anotación; 2.º Sobre aquellos créditos anteriores que no tengan una razón especial de prelación sobre el anotado, es decir, que en caso de concurso y no interviniendo la anotación se liquidarían a la vez.

Pensamos, pues, que no existe antinomia entre los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, la que, por otro lado, no sería fácilmente admisible en preceptos de tal inmediata colocación. La explicación que daba MORELL Y TERRY es plenamente convincente. Hay que pensar que los capítulos II y III del título sobre la prelación de créditos tienen una sustancial unidad. En primer lugar, se clasifican los créditos en los grandes grupos de singu-

larmente privilegiados (arts. 1.922 y 1.923), privilegiados (art. 1.924) y comunes (art. 1.925).

Luego los artículos 1.926, 1.927 y 1.929 son los que establecen el orden de prelación para todos aquellos créditos. Así, en cuanto a los singularmente privilegiados, los dos primeros artículos últimamente citados comienzan por sentar la preferencia absoluta de aquellos créditos en cuanto que excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del bien afectado. A continuación se establecen ciertas prelaciones para los de los distintos números de los artículos 1.922 y 1.923. Concretamente, por lo que se refiere al artículo 1.923, los de los dos primeros números (créditos a favor del Estado y de los aseguradores) se anteponen a los de los restantes. Y dentro de los del artículo 1.922, el crédito prendario se antepone a los demás.

En un tercer momento, queda por averiguar si cuando en un número se contemplan créditos de distintas clases hay prelación entre ellas. Que es lo que ocurre con el 1.923.4, donde entran los hipotecarios y los anotados. Punto este sobre el que posteriormente se dirá algo.

Finalmente está la prelación para los que sean del mismo número y además de igual clase. Y así, para los créditos anotados en el Registro de la Propiedad, la regla 2.^a del artículo 1.927 atiende a la antigüedad de la anotación.

Pero es claro que todas las prelaciones anteriores que se desprenden del artículo 1.927, que pueden ser tres o hasta cuatro, e igual las que se derivan del artículo 1.926, juegan para aquellos créditos previamente definidos en el 1.923 y con las limitaciones o restricciones con que allí figuran. Y así, si los créditos del Estado por débitos de los contribuyentes y sobre los bienes de éstos (art. 1.923.1) están clasificados como singularmente privilegiados cuando lo sean por aquellos tributos que recaigan sobre estos mismos bienes (y no para otros tributos), esa limitación jugará para todas las referencias que el 1.927 haga a esos créditos del Estado.

Pues bien, de la misma forma, si los créditos anotados sólo son preferentes en cuanto a créditos posteriores, esa limitación es la que se aplicará en todos los casos en que el artículo 1.927 se pueda referir a los mismos.

Igual ocurriría si la limitación introducida a los créditos anotados hubiera sido otra distinta. Pensemos en que la prelación se hubiera limitado a cierta cuantía; lo cual, por otro lado, no es algo insólito, pues algo parecido se previó para los créditos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios. O igualmente el carácter singularmente privilegiado pudo haberse otorgado sólo a la mitad del importe de cada crédito. En todos esos casos, tales restricciones se trasladarían automáticamente al artículo 1.927 en sus distintos apartados.

Claro que entonces podría decirse que la prelación del 1.927, regla 2.^a, para los créditos anotados, y que atiende a la antigüedad de la anotación,

es totalmente superflua. No lo creemos así. GULLÓN BALLESTEROS apuntaba que el crédito garantizado por la segunda anotación fuera de fecha posterior al asegurado con la primera. También LACRUZ BERDEJO exponía aquellos supuestos en que el artículo 1.927 sería de plena aplicación en cuanto a los créditos anotados. Y a esos casos podría añadirse el de los créditos de igual fecha. En tal supuesto, que ciertamente no será tan infrecuente, es la antigüedad en la anotación la que determinará la preferencia.

Por consiguiente, la norma del artículo 1.927, regla 2.ª, no aparece tan ociosa. Porque, de entrada, tiene plena aplicación para los créditos hipotecarios y para los refaccionarios que consten en el Registro. Y como para los créditos anotados también se pueden encontrar supuestos en que el orden y acceso al Registro sea determinante, hay que concluir que no existe en aquel precepto esa superfluidad que alguna vez insinuó la doctrina. Otra cosa es que la norma juegue en pocos casos, pero ello ocurre también en otras ocasiones sin que implique la incorrección de la misma.

Frente al criterio que asigna prioridad al artículo 1.923.4, en torno a la preferencia de la anotación de embargo y sólo en cuanto a créditos posteriores, JOSÉ MANUEL GARCÍA plantea como dificultad el problema casi insoluble que se deriva de la concurrencia de distintos créditos de diferente naturaleza. Así uno primero con anotación de embargo que ingresa en el Registro en 1985; otro crédito hipotecario de 1986 que se inscribe en ese mismo año, y uno simplemente escriturario de 1984 que no ingresa en el Registro de la Propiedad. Expone nuestro autor que se llega a un callejón sin salida: en efecto, el crédito anotado cobraría antes que el hipotecario; éste, antes que el escriturario; pero este último, a su vez, con preferencia al anotado...

Entendemos que la dificultad puede salvarse si se atiende a la parcela de valor reservada a cada crédito. Así, dentro de la parcela atribuida al anotado, una cuantía correspondiente a la del crédito escriturario sería ocupada por éste. El resto de aquélla quedaría para el crédito anotado. De esta forma, por delante del crédito hipotecario no habría más parcela de valor que la correspondiente a la suma del crédito anotado. Por tanto, si el importe de este último era de ocho y el del crédito simple de cuatro, cobraría primero este crédito escriturario en su cuantía de cuatro; después, el resto de cuatro del crédito anotado; seguidamente el hipotecario, y al final la parte del anotado que no pudo entrar antes. Se produce, pues, una especie de rango compartimentado.

En realidad, esta solución ya está apuntada por CANALS en su comentario «Carga real y preferencia crediticia en las ejecuciones inmobiliarias». Allí expone que el acreedor hipotecario, conocedor de la anotación preventiva cuando concedió su crédito, no podrá quejarse de que un tercero se aproveche de la prioridad procesal obtenida por la anotación, pero sí de que se

exceda de la cifra por ésta garantizada. Lo cual no ocurría en el ejemplo que antes exponíamos.

3. EL CREDITO ANOTADO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Aparte la postura doctrinal que se ha mantenido en el apartado anterior, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente que la prelación concedida a los créditos anotados en el Registro de la Propiedad es sólo sobre los posteriores y no con relación a los anteriores.

Así lo proclaman las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1895 y la de 8 de junio de 1896. Igualmente la Sentencia algo posterior de 5 de julio de 1917. En esta última, frente al orden de fechas de las anotaciones se da preferencia a la antigüedad de los créditos. El que el Tribunal Supremo declara prioritario era unos años precedente a la primera anotación y anterior también al crédito asegurado con ésta. Recuerda el Tribunal Supremo que la anotación no modifica la naturaleza jurídica del crédito ni convierte en derecho real sobre la finca anotada el que lo era de carácter personal. La prelación es, pues, con respecto a los créditos posteriores a la anotación, cual se desprende del artículo 44 de la Ley Hipotecaria de 1869 y lo ratifica en lo esencial, aunque variando los términos de la redacción, la Ley Hipotecaria de 1909.

Por tanto, la prelación del crédito anotado no se extiende sobre el que lo era anterior, «pues lo contrario sería reconocer a esa anotación un carácter de derecho real sobre la finca adjudicada en pago al acreedor análogo al de la hipoteca, cosa que con reiteración ha negado la jurisprudencia pueda reconocerse». Concluye el Tribunal Supremo que la doctrina que rechaza determinaría que cualquiera que fuera el poseedor de la finca, viniera obligado a la efectividad del crédito garantizado con la anotación. Es muy importante el cómo se rechaza la asimilación entre la anotación de embargo y la hipoteca.

Finalmente, y siguiendo la atinada observación de MORELL Y TERRY, hay que decir que, pese a la ubicación sistemática de los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil que hemos considerado, los mismos son aplicables siempre que se litigue sobre la prelación entre dos créditos, esto es, aunque propiamente no exista concurso. En tal sentido, indicábamos antes que precisamente el primer artículo que abre este título sobre la concurrencia y prelación de créditos es el 1.911, el cual consagra la responsabilidad patrimonial universal. Pues bien, pocos preceptos podrán encontrarse que tengan mayor generalidad y trascendencia que el indicado.

4. LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1909

El artículo 44 de la Ley Hipotecaria de 1861 y de 1869 sufrió un retoque en la Ley de Reforma de 1909. «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2, 3 y 4 del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en los artículos 1.923 y siguientes del Código Civil».

Como esta redacción permitía dar entrada al artículo 1.927, con su prioridad por el orden de las anotaciones, es la que ha sido preferida por algunos autores partidarios de potenciar la anotación preventiva. Concretamente, JOSÉ MANUEL GARCÍA entiende que la reforma hipotecaria de 1944-46, al devolver el artículo 44 a su redacción inicial, estuvo desacertada, por lo que merece crítica.

Sin embargo, sobre si la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 había supuesto una ruptura del criterio tradicional de preferencia del crédito anotado y determinaba que esa prelación fuera ya desde la fecha de constitución de dicho crédito, el Tribunal Supremo tuvo pronto ocasión de manifestarse. Y lo hizo en sentido negativo en la importante Sentencia de 16 de febrero de 1918.

Como dice el Alto Tribunal, para inferir aquella importante modificación legal «no basta el que por simples variantes de dicción, de coordinación o construcción gramatical aparezcan, pero sin envolver un orden de ideas distinto, reproducidos los textos de las Leyes Hipotecarias y el Código Civil, los cuales hoy, como antes, siguen sin vicio de argumentación hermanados entre sí».

El Tribunal Supremo remacha esa idea. «No era dable se escapase a la sagacidad del legislador huir del criterio inapropiado contrario a la letra, al espíritu y a la economía de la Ley, en que el recurrente, con celo y agudeza de ingenio, apoya el único motivo del recurso; no en primer término, porque la legislación hipotecaria representa un cuerpo legal cuya única misión consiste en garantizar intereses de terceras personas, pero sin mezclarse a modificar la clasificación de créditos, que siempre fue y será propia y peculiar de nuestro Derecho común; y tampoco en segundo lugar, porque si la Ley de 21 de abril de 1909 subordinaba la reforma a las bases precisas que contiene, no podía el legislador, a no incurrir en incultura jurídica, faltar a la fijeza del plan y unidad de pensamiento, preceptuando una variación esencialísima para la cual no estaba autorizado, tanto menos cuanto que por uno de aquellos principios básicos, que no podía considerar estéril, se le facultaba sobre el punto discutido a que fraternizase la disposición de la Ley Hipotecaria vigente con la del Código Civil, que ya limitaba los efectos de la anotación a créditos posteriores».

El Tribunal Supremo considera, pues, inadmisble la virtud retroactiva de las anotaciones preventivas. Por lo demás, resulta curioso ese calificativo de agudeza de ingenio que el Tribunal Supremo aplica a la tesis del allí recurrente, aunque en definitiva rechace su argumentación en los términos tajantes que acabamos de exponer.

5. ALGUNAS DUDAS SOBRE LA PRELACION DE CREDITOS

Anteriormente tratamos de la regla segunda del artículo 1.927 que, con relación a los créditos de los números 3 y 4 del artículo 1.923, sienta su prioridad en razón de la antigüedad de la inscripción o anotación. Se insinuaba el problema de si esa prelación era conjunta o indiscriminada para todos esos créditos o bien había que distinguir dentro de los de cada clase. La primera opinión fue mantenida por MORELL Y TERRY, para el cual entre los créditos hipotecarios y los anotados no existe distinción, pues sólo hay que atender a la fecha en que todos ellos accedieron al Registro.

En cambio, en sentido contrario se manifiesta el Tribunal Supremo en su importante Sentencia de 20 de noviembre de 1928. Recuerda que la anotación preventiva no crea ni declara ningún derecho, no altera la naturaleza de las obligaciones ni, mucho menos, convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter.

Por ello y con relación a la regla 2.^a del artículo 1.927, el Tribunal Supremo concluye que «es lógica consecuencia de aquellos que la prelación a que alude la regla 2.^a se limite, por un lado, a los créditos del número 3 del artículo 1.923, y por otro, a los del número 4 del mismo precepto, pero sin que medie confusión y concurrencia prelativa por el orden de antigüedad de su inscripción o anotación entre los de uno y otro orden, cuya naturaleza es completamente distinta».

Refiriéndonos ahora sólo a los créditos anotados preventivamente, una sentencia del Tribunal Supremo parece aplicar el criterio de ordenarlos por la antigüedad en la anotación: es la de 9 de julio de 1913. En ella se indica que al otorgar los artículos 1.921 y 1.923 del Código Civil preferencia para la graduación y pago a los créditos anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial, por embargos, y habiéndolo sido el de la recurrida antes que el del recurrente, «es indudable el derecho preferente que asiste a la primera para hacer efectivo el suyo; esto, aun en la hipótesis de que el embargo y adjudicación de los bienes llevados a cabo a favor del segundo en el juicio ejecutivo no hubieren sido declarados nulos».

Sin embargo, creemos que esta sentencia no resulta decisiva, porque si eran nulos los títulos de uno de los contendientes, como en aquel caso

resultaba y de hecho así se declararon, es claro que la otra argumentación no podía ser la *ratio decidendi* del asunto.

La buena doctrina se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1899. Expone el Alto Tribunal que «el artículo 1.927 del Código Civil, en su segundo párrafo, al tratar de la prelación de créditos hace referencia en su regla 2.^a a los comprendidos en el número 4 del artículo 1.923, que son los preventivamente anotados en el Registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores, limitándose el citado artículo 1.927 a señalar la fecha de la anotación para el orden de preferencia, pero evidentemente con relación a créditos posteriores así prescritos en el 1.923». Y en aquel caso el crédito que se declaró preferente era anterior no sólo a la anotación del que primero llegó al Registro, sino también tres años de fecha anterior a la escritura del de éste.

Desde luego, la doctrina de esta sentencia está en línea con las antes citadas de 25 de octubre de 1895, 8 de junio de 1896 y 5 de julio de 1917. De otro lado, el entendimiento que hace la sentencia transcrita de 25 de enero de 1899 del artículo 1.927, como referido a los créditos también posteriores, es exactamente el que exponía GULLÓN BALLESTEROS en sus comentarios al Código Civil que antes mencionamos.

En sentido análogo al que aquí mantenemos, JOSÉ MANUEL GARCÍA expone que la cuestión ha de entenderse resuelta hoy por la nueva redacción que el Real Decreto 1368/1992, de fecha 13 de noviembre, dio al artículo 175, regla 2.^a, del Reglamento Hipotecario. En efecto, tal precepto para determinar la procedencia de cancelar los asientos posteriores se refiere no a la fecha del embargo, sino a la de la anotación de éste. Por lo demás, de ese precepto modificado nos ocuparemos más adelante.

6. LA ANOTACION DE EMBARGO Y LA ADQUISICION DEL BIEN ANOTADO

Hasta ahora nos hemos ocupado fundamentalmente de la prelación de la anotación de embargo con relación a los otros créditos contra el mismo deudor. A continuación pasamos a tratar de la contraposición que puede darse entre esa anotación preventiva de embargo y el adquirente de la finca objeto de aquélla.

Desde luego, cuando la adquisición del bien por el tercero se produce después de anotado el embargo, aquélla ha de ceder frente a éste, de tal forma que cuando se produzca la adjudicación de la finca como consecuencia del procedimiento en que recayó la anotación, al inscribirse dicha ad-

judicación podrá cancelarse la inscripción de la adquisición del tercero. Se produce, pues, una purga de asientos posteriores prevista en el artículo 175, regla 2.ª, del Reglamento Hipotecario.

Tal doctrina aparece claramente expuesta en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de julio de 1987. En aquel caso la adquisición del tercero se había producido después de expedida en el juicio ejecutivo la certificación de cargas prevista en el artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como la adjudicación producida al final de aquel juicio ejecutivo llegó al Registro de la Propiedad después de inscribirse la adquisición del tercero, el Registrador denegó la inscripción de dicha adjudicación y rechazó cancelar la adquisición del tercero, pues se lo impedía el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección General no compartió ese criterio. «El derecho adquirido con posterioridad a la anotación se halla supeditado al resultado del proceso en que se ordenó aquélla, de modo que si al embargo anotado sigue la ejecución del bien y su enajenación judicial el adquirente verá extinguido su derecho y, consecuentemente, su cancelación procederá conforme al artículo 2.º de la Ley Hipotecaria desde el momento en que se acredite fehacientemente al Registrador tal enajenación judicial». Y es que el asiento de la adquisición del 3.º «nace subordinado a otro anterior». Al tercer adquirente se le da la posibilidad de intervenir en el proceso de ejecución. Con ello se coordinan y armonizan los intereses del dueño de la finca, del acreedor anotante y del tercer poseedor de aquélla.

Más dificultad ofrece el problema cuando la adquisición del tercero es anterior a la anotación de embargo. No obstante, la doctrina tradicional aplicó, sin duda alguna, a ese supuesto la regla del artículo 1.923.4 del Código Civil sobre no preferencia de la anotación en cuanto a créditos anteriores. Y es que el tercer adquirente venía a ser como un acreedor, aunque acreedor de dominio. Esta última expresión no figura en el Código Civil, pero sí aparece en el artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 y todavía la recoge el artículo 71 de la Ley General Tributaria de 1963. Para la doctrina tradicional, tales acreedores de dominio eran los propietarios de cosas que estaban en poder del deudor por título que no le transfería su propiedad, como podía ser el depósito, comodato u otros.

La preferencia del adquirente que lo era anterior a la anotación fue declarada reiteradamente por el Tribunal Supremo. En su Sentencia de 28 de enero de 1903, tras recordar que la anotación no altera la naturaleza del crédito, expone que aquélla no puede sobreponerse al dominio que el tercero adquirió con anterioridad. Tampoco es aplicable la doctrina referente a terceros que establece la Ley Hipotecaria para el que tiene inscrito un derecho real sobre la finca cuestionada.

Lo mismo se establece en la Sentencia de 21 de febrero de 1902.

También aquí la inscripción del adquirente fue posterior a la fecha de la anotación, aunque su adquisición era anterior a la indicada fecha. Se dio preferencia al acreedor de dominio y ello aunque la escritura que le servía de título era del mismo día que la anotación de embargo, lo que permitía albergar ciertas sospechas de fraude.

ROCA SASTRE mantiene también esta tesis tradicional de que la anotación preventiva no da prelación sobre las adquisiciones anteriores. Afirma que aunque no hay una norma explícita en la Ley Hipotecaria que así lo declare, esa solución se desprende del artículo 38, párrafo último, de la indicada Ley. Puede también invocarse el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, porque si la anotación no prevalece sobre créditos anteriores, con mayor razón no se superpone a los actos dispositivos precedentes aunque éstos no se hubieran inscrito. Una razón para esta conclusión puede encontrarse en el ambiente desfavorable que al implantarse la Ley Hipotecaria había sobre la hipoteca judicial, precedente de la actual anotación de embargo. Menciona ROCA SASTRE la Resolución de la Dirección General de 9 de noviembre de 1955. Si existe un adquirente anterior, la adjudicación recaída en el procedimiento de ejecución seguido sólo contra el titular registral frente al cual se anotó el embargo no es inscribible por impedirlo el juego del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

En fecha mucho más reciente y en el mismo sentido se pronuncia la importante Resolución de 3 de octubre de 1985. En ese caso, el adquirente anterior a la anotación no había inscrito su título hasta después de expedida la certificación de cargas. Declara la Dirección General que no se está ante el caso del tercer poseedor, ya que la adquisición era anterior a la anotación. El problema, pues, lo resuelve el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, en su remisión al artículo 1.923.4 del Código Civil, «a través de la interpretación de reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de esta Dirección General».

En efecto, «las anotaciones de embargo sólo otorgan preferencia sobre los actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a la propia anotación, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado que hayan sido otorgados por el mismo deudor y que después han accedido al Registro». No es, pues, procedente cancelar la adquisición de ese tercero anterior; por tanto, no puede acceder al Registro el título del adjudicatario por impedirlo el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Todo ello sin perjuicio de que los interesados puedan acudir a los Tribunales para contender sobre la preferencia de sus derechos.

Las sentencias del Tribunal Supremo que avalan la doctrina indicada de dar preferencia al adquirente anterior son innumerables. Aparecen citadas en el Derecho hipotecario de ROCA SASTRE y por los demás autores que se han ocupado del asunto. Pero poco hay que insistir en este tema cuando ya

veíamos que la Dirección General de los Registros hablaba, y con razón, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En definitiva, a favor de la anotación preventiva y de quien la obtuvo no juega la fe pública registral frente a esa adquisición anterior. Y esta limitación la distingue de la hipoteca. Ya hablábamos de ese recelo frente a la hipoteca judicial en los albores de nuestro sistema registral. De otro lado, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 era clara al respecto. Se ha destacado también que la hipoteca se constituye por medio de un negocio jurídico, cosa que no ocurre con la anotación. Finalmente, el que pactó la primera buscó el tener un derecho real especial con que garantizar su crédito; en cambio, el que obtuvo la anotación se había conformado con la responsabilidad patrimonial universal del deudor, esto es, con el patrimonio de éste; y no puede decirse que formen parte de ese patrimonio bienes que habían sido enajenados antes de la anotación.

7. LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE

Vimos anteriormente que el criterio tradicional sobre la prelación que concede la anotación de embargo había sido mantenido durante la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1909. Mucho más había de ocurrir al producirse la reforma hipotecaria de 1944-46. Pues en ésta el artículo 44 del Texto Refundido recibe la siguiente redacción: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil». Si la redacción del correspondiente precepto en las Leyes de 1861 y 1869 guardaba armonía con el indicado artículo del Código Civil, mucho más ahora en que lo que se produce es una estricta remisión a dicha norma.

Nos parece acertado que la remisión se haya concretado al artículo 1.923.4, que es el fundamental en materia de anotación preventiva de embargo en cuanto limita la prelación de aquélla a los créditos posteriores. Lo cual es independiente de que también haya que considerar los otros preceptos del Código Civil. Pero no sólo la regla segunda del artículo 1.927, sino también la norma del párrafo 1 de este último artículo que establece que esos créditos excluyen a los demás hasta donde alcance el valor del inmueble en cuestión; e incluso habrá que considerar el segundo párrafo del artículo 1.928 sobre la diferencia que no pueda ser cubierta con cargo a aquel bien.

Algo semejante a lo que ocurre con el artículo 44 de la actual Ley Hipotecaria se da con el artículo 194 de la misma cuando concreta la hipoteca legal tácita por impuestos a favor del Estado a la anualidad co-

riente y a la última vencida y, además, a las contribuciones que graven tales inmuebles. Eso es lo fundamental y lo que se desprende del artículo 1.923.1 del Código Civil, con la única diferencia de que la anualidad garantizada en el Código se ha convertido en dos para respetar así lo dispuesto en la Ley de Administración y Contabilidad de 1911.

Pero hubiera sido inútil e innecesario que ese artículo 194 se remitiera también a los demás preceptos del Código Civil que guardan relación con aquellos créditos del Estado, concretamente al párrafo 1 del artículo 1.927 y a la regla 1.ª del párrafo 2.º de ese mismo artículo. Pero el que no exista esa remisión a estos últimos preceptos no quiere decir que los mismos dejen de aplicarse cuando sea pertinente hacerlo.

8. LA DOCTRINA ANTE LA COLISION DE LA ANOTACION Y LA ADQUISICION. MORELL Y TERRY

Tras haber expuesto la que consideramos posición tradicional en torno a la anotación preventiva de embargo y su prelación, donde ciertamente se han apuntado opiniones de destacados hipotecaristas, vamos ahora a recoger las posturas más relevantes de la doctrina; y ello en concreto en lo referente a la colisión entre la anotación de embargo y la adquisición anterior no inscrita o inscrita con posterioridad.

Para MORELL Y TERRY el artículo 17 de la Ley Hipotecaria de 1909, consagrador del principio de prioridad, no puede aplicarse en estas anotaciones del artículo 44 porque la de embargo sólo concede preferencia sobre los créditos posteriores. Tampoco tal anotación tiene prelación sobre las enajenaciones anteriores aún no inscritas ni, por consiguiente, es preferente ante ese dominio. La enajenación anterior es inscribible aunque haya anotación de embargo y el adquirente puede hacer valer su preferencia conforme al artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

9. POSICION INICIAL DE ROCA SASTRE

Dentro de la obra ingente de ROCA SASTRE, nos detendremos en primer lugar en la quinta edición de su *Derecho hipotecario*, publicada en 1954 cuando ya se habían aprobado la nueva Ley y su Reglamento, y que es la que manejamos desde la época de nuestra carrera. Por supuesto, no vamos a recoger toda su doctrina sobre el embargo y en torno a la anotación que lo garantiza mediante su acceso al Registro. Dicha anotación entra en el grupo de las denominadas constitutivas en las que lo que se inscribe es propiamente la garantía y no el crédito.

Expone ROCA que la anotación de embargo constituye una excepción a los principios fundamentales de fe pública y prioridad. Con relación al primero, es una excepción por vía de negación. Y ello en cuanto a los actos dispositivos, gravámenes o créditos que sean anteriores a la propia anotación. Así lo determinan los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil. Para esos actos anteriores no juega la fe pública de los artículos 32, 34 y 37 de la Ley. El anotante no puede rechazar el título de transmisión o gravamen anterior aunque no esté inscrito. Por ello, al tratar de la figura del tercero, y concretamente de la posición de éste en la anotación, indica que el anotante está privado de los beneficios normales de la fe pública registral.

Por lo que se refiere al artículo 17 regulador del principio de prioridad, destaca nuestro autor que aunque exista una anotación de embargo no es óbice a que se inscriban títulos de enajenación de fecha anterior a la del mandamiento o providencia que acordó aquella anotación. Mas esto no es una excepción al artículo 17, sino más bien un supuesto no comprendido en él; en efecto, la anotación indicada, por su misma naturaleza de medida de seguridad, deja a salvo los actos de transferencia otorgados con anterioridad.

Insiste, pues, en que la anotación de embargo funciona como verdadera hipoteca frente a posteriores adquirentes, pues es la antigua hipoteca judicial con otro nombre. Pero tal anotación produce los efectos propios de la hipoteca tan sólo respecto de los actos posteriores a su fecha.

En el punto concreto de la colisión entre la anotación preventiva de embargo y la adquisición anterior, mantiene ROCA SASTRE que es esta última la que prevalece. Entonces, para tales adquirentes la anotación de embargo funciona como una señal de alerta que les invita a ir a la tercería de dominio en la que lograrán que se levante aquel embargo.

Pero ese adquirente también puede salvaguardar su derecho con sólo inscribir su adquisición, porque esta inscripción impedirá que acceda al Registro la adjudicación que se haya producido en el procedimiento donde se acordó aquel embargo. Lo dicho, salvo que ese ingreso de la adjudicación lo ordene el Juez que conoció de aquel procedimiento y siempre con citación del adquirente.

Al supuesto de la adquisición anterior no son aplicables los artículos 38, párrafo último, de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento porque los mismos sólo juegan cuando la adquisición del tercero es posterior a la anotación. El Registrador no podrá aplicar ese artículo 143 en el caso del adquirente anterior porque el procedimiento no se siguió frente al mismo.

Menciona ROCA la postura extrema de RAMOS FOLQUÉ, para el cual la anotación de embargo se asimila en su efecto a la hipoteca. Se basa para ello en el artículo 38, párrafo 1, de la Ley Hipotecaria, que establece la

presunción de pertenencia de los derechos inscritos. Pero observa ROCA que tal presunción es sólo *iuris tantum*, por lo que puede quedar desvirtuada en el oportuno juicio de tercería de dominio. Es más, en realidad pensamos por nuestra parte que la propia escritura pública de adquisición del tercero en fecha anterior a la de la anotación ya desvirtúa de forma suficiente aquella presunción.

Dentro de su postura favorable al adquirente anterior, admite ROCA que cuando aquél se limita a inscribir su adquisición, los efectos de tal supuesto no están expresamente previstos en la legislación hipotecaria. Habría que buscar una norma para aplicarla por analogía. Y ésa es, a su juicio, la del artículo 198 del Reglamento Hipotecario sobre las anotaciones de demanda que permite dar a ese adquirente anterior un trato considerado y respetuoso.

Al Registrador se le plantea un problema de prelación que él no puede definir. Como no puede dejar sin efecto la anotación de embargo practicada, lo prudente es esperar y que sea el Juez de la ejecución el que decida lo procedente aplicando el procedimiento previsto en aquel artículo 198. Y si vence el adquirente anterior, como seguramente sucederá, el Juez ordenará la cancelación de la anotación de embargo.

10. LA OPINION DE JOSE MANUEL GARCIA

En el volumen I de su *Derecho inmobiliario registral*, JOSÉ MANUEL GARCÍA apunta algunas observaciones del mayor interés. Así, que el párrafo 5 del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es una prueba del carácter real de las anotaciones de embargo, las cuales afectan a los terceros adquirentes. El párrafo 3 de ese artículo 38 se refiere a un caso en que el embargo no ha tenido acceso al Registro por estar los bienes inscritos a nombre de terceros. En el párrafo 5 ocurre justamente lo contrario: que primero se practica la anotación y después la inscripción de la adquisición. En cuanto al problema de la prioridad entre la anotación y la adquisición, afirma GARCÍA que la jurisprudencia atiende a la fecha de la adquisición. Pero añade que esa reiterada jurisprudencia es digna de ser meditada y revisada.

Es lo que realiza nuestro autor en el volumen II de su *Derecho inmobiliario registral*, donde se ocupa a fondo del tema. Allí alude a su primera postura, reflejada en trabajos anteriores, de mantener el carácter real absoluto de la anotación de embargo. Pero en su obra definitiva el autor matiza su postura. Una cosa es el tema de la prelación de créditos en el que para la anotación hay que mantener a ultranza el criterio de la prioridad registral que se desprende del artículo 1.927 del Código Civil. Pero otra cuestión es la de la colisión de la anotación con una adquisición anterior aunque no inscrita.

Afirma el autor que en este segundo caso el embargo producido puede considerarse inexistente, ya que recae sobre bienes que no pertenecían al deudor. Se cumple aquí el que nadie puede dar lo que no tiene. Además, el problema de esta segunda colisión se agrava si se tiene en cuenta que en nuestra realidad jurídica es sumamente frecuente la adquisición por documento privado, que sólo posteriormente se eleva a público y se inscribe en el Registro. El dar en esos casos preferencia absoluta a la anotación de embargo podría producir resultados de verdadero despojo que recaerían con frecuencia sobre las personas de más débil economía. Y todo ello con independencia de que, como reiteradamente ha destacado la doctrina, en ocasiones el embargo de bienes se decreta sin muchas garantías y por meras referencias, faltas de toda solvencia.

11. POSTURA DE CAMY SANCHEZ-CAÑETE

La aportación de CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE en sus comentarios a la Ley Hipotecaria es extraordinariamente sugestiva y se mueve en dirección en buena parte divergente a la mantenida por ROCA SASTRE en su edición de 1954, ya comentada.

Sobre la diferencia entre la hipoteca y la anotación preventiva de embargo, entiende CAMY que la distinción tiene plena efectividad si la contraposición entre los créditos se desenvuelve en el orden procesal; pero la diferencia es inapreciable si el enfrentamiento se produce sólo en la órbita registral, porque entonces en ésta ha de aplicarse el principio de prioridad en los asientos. En efecto, aunque a la anotación le falten los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueden desconocerse preceptos tan fundamentales como el 17 y el 20 de la indicada Ley.

Sobre el artículo 44 de la Ley Hipotecaria que restringe la prelación de los créditos anotados, CAMY afirma que el mismo es de aplicación limitada y no general. Tal precepto habrá que jugar en los juicios de tercería de dominio, tercería de mejor derecho, concurso de acreedores y otros semejantes. Pero fuera de ellos el Juez no debe declarar la preferencia del acreedor o adquirente anterior. Y mucho menos podrá hacerlo el Registrador, porque ello implicaría la decisión de un proceso civil, lo que no es de la competencia de aquel funcionario. Por tanto, la prescripción del artículo 44 es como una salvedad legal al acreedor que anota en el sentido de que su prioridad registral puede subordinarse a otros criterios legales si se llega al proceso adecuado.

A tenor de ello, cuando se trata del adquirente anterior al embargo anotado la solución para obtener su preferencia estará en el proceso declarativo correspondiente, que en ese caso será la tercería de dominio.

Al tratar del artículo 175 del Reglamento Hipotecario y de su regla segunda, párrafo 2, sobre que continúan subsistentes los derechos preferentes, CAMY apunta que aquí la palabra preferente no ha de entenderse en el sentido del artículo 1.923 del Código Civil (pues esa preferencia civil sólo operará cuando sea planteada en el proceso adecuado de concurso o terceraía), sino que la preferencia es la indicada en el artículo 1.927 del Código, o sea, la resultante de la prioridad registral por orden de fecha de los asientos. Es esta segunda la que debe aplicar el Registrador y a ella debe atenderse también el Juez en el procedimiento de apremio. Frente a ello podemos decir que no es tan fácil distinguir en una Ley los preceptos según cuales sean sus destinatarios. No es claro que unos estén dirigidos a la autoridad judicial y otros encaminados al Registrador. Pensamos al contrario: que el intérprete tiene que tener en cuenta todos los preceptos de la Ley. Sobre todo, la totalidad de los artículos de la Ley Hipotecaria tienen un mensaje muy directo para el Registrador de la Propiedad.

Yendo ya al plano registral y con relación a esa adquisición anterior que llega al Registro después de practicada la anotación, el primer caso que CAMY aborda es aquel en el que tal adquisición se inscriba antes de expedirse la certificación de cargas. En tal supuesto se aplicará el artículo 38, apartado 3.º, de la Ley Hipotecaria por ser más específico y porque se refiere a enajenaciones anteriores, lo que implica que el derecho o bien embargado no pertenecía al deudor. El Juez debe sobreseer el procedimiento de apremio sin perjuicio de que el acreedor anotante pueda promover el proceso declarativo correspondiente.

En cualquier caso, la inscripción de la venta anterior impedirá que pueda acceder después al Registro la adquisición consecuencia de aquel embargo, pues a ello se opone el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Además, para inscribir esa adjudicación es necesario cancelar la inscripción del adquirente anterior que se opone a aquel tracto. No es aplicable, pues, el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, ya que éste se refiere al tercer poseedor y no al caso de que los bienes estén en poder de persona diferente de aquella frente a quien se decretó el embargo. A esta última situación se refiere el artículo 38, apartado 3, de la Ley Hipotecaria, que es el que entiendo aplicable, cual veíamos en el párrafo anterior.

El segundo caso, esto es, aquel en que la adquisición del tercero, anterior al embargo, se inscribe después de expedida la certificación de carga, es supuesto aparentemente similar al anterior. Pero en él al proceso de ejecución no llega el dato de que existe ese adquirente anterior; por ello no puede aplicarse el artículo 38, apartado 3, sobre terceraía registral. Desaparece además la base legal para negarse a inscribir la adjudicación derivada del procedimiento donde se trabó el embargo. Todo ello a salvo de que sea el adquirente anterior el que entable la demanda judicial.

Como vemos, en los dos supuestos que analiza CAMY sus soluciones no coinciden con las que había apuntado ROCA SASTRE. En efecto, para éste tampoco en el segundo caso procede cancelar la inscripción del adquirente anterior y, a su vez, en el primero entiende que no cabe la tercería registral.

En las posteriores ediciones de su obra, afirma CAMY que pretender que la inscripción retrasada de la adquisición cierre el Registro a la adjudicación derivada del procedimiento ejecutivo es inconcebible. Aunque el anotante no tenga una protección plena, que sin ejercitarse contra él procedimiento alguno, sin ser citado o advertido de ninguna forma, se vea privado del derecho y de las consecuencias que su anotación implica es algo aún más nocivo que las hipotecas ocultas que quiso eliminar la primera Ley Hipotecaria.

12. LAS ULTIMAS POSICIONES DE ROCA SASTRE

Veamos ahora lo que sobre el mismo tema que estamos tratando expone ROCA SASTRE en las posteriores ediciones de sus comentarios, esto es, la sexta de 1968 y la séptima de 1979. Reitera que la anotación de embargo debe seguir encuadrándose entre las constitutivas, pero recoge la existencia de una fuerte corriente en contra del valor constitutivo de ese asiento. Así, para CARRERAS no debe llegarse a esa solución del efecto constitutivo porque gran parte de la propiedad no está dentro del Registro.

En concreto, en cuanto al tema de la prelación limitada que legalmente se concede a la anotación de embargo ROCA mantiene la postura ya expuesta más arriba, que es la tradicional. En cambio, no cree aplicable el procedimiento de la tercería registral para defender al adquirente anterior que llega con retraso al Registro. Frente a la opinión contraria de CHINCHILLA RUEDA y MOLINA RAVELLO, sostiene ROCA que el artículo 38, apartado 3, presupone que no se ha practicado aún la anotación de embargo. La solución expeditiva de cancelar éste dañaría al crédito del Registro de la Propiedad, sobre todo si la inscripción del adquirente anterior llega con mucho retraso, y más aún si ello fue por culpa o malicia del mismo. Por tanto es preferible encomendar a los Tribunales la solución de esa colisión.

En efecto, para ROCA SASTRE la solución que puede adoptar el tercer adquirente es o entablar demanda en juicio declarativo o bien acudir a la tercería de dominio. Este segundo remedio es el cauce verdaderamente adecuado para que pueda declararse su preferencia y cancelar la anotación de embargo.

En las últimas ediciones indicadas de su obra no ofrece ROCA como solución alternativa el que el adquirente retrasado inscriba sin más su derecho. Pero desde luego sigue afirmando que si ello se produce el adju-

catario en la ejecución no podrá inscribir su adquisición. A éste le queda el impugnar judicialmente el título anterior del otro adquirente.

Al Registrador, dice, se le plantea un problema de colisión que él no puede decidir. Por tanto debe abstenerse de inscribir la adjudicación derivada del embargo. Como se ha dicho para tal supuesto en frase enormemente gráfica, el Registrador se convertiría en un cancerbero que cierra a ultranza las puertas del Registro.

Pero se llega así a un círculo vicioso. En efecto, no puede ni cancelar esa anotación de embargo ni cancelar la inscripción del adquirente anterior. LA RICA ha expuesto el grave perjuicio que de ello puede derivarse para el adjudicatario, ya que cabe que pierda la finca y el dinero que por ella pagará en el remate. El retraso en la actuación de una persona (el adquirente anterior) puede perjudicar al final a otra distinta. Como concluye ROCA, estaríamos en última instancia ante un fallo de todo el sistema.

13. OTRAS OPINIONES DOCTRINALES

Recientemente la doctrina se ha producido con tal abundancia y profundidad sobre este tema de la anotación de embargo, que bien puede decirse que el mismo se ha constituido en tema estrella del Derecho hipotecario. El tomo segundo de la obra de JOSÉ MANUEL GARCÍA analiza la doctrina de los distintos autores al respecto con tanta claridad y detenimiento que no queda sino remitirse a esa exposición.

No obstante, se hacen y de forma tangencial unas breves observaciones. Así, con relación a la aportación de CELESTINO PARDO podemos decir que la misma se basa fundamentalmente en una lectura peculiar del artículo 781 de la Ley Hipotecaria. Entiende que la enajenación de los inmuebles anotados puede realizarse, pero sin perjuicio «sólo» del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación. Pero la introducción de esa partícula «sólo», que en la Ley no está, hace que la argumentación pierda eficacia. Porque de lo que se trata es de interpretar la Ley tal cual ella aparece redactada.

FRANCO ARIAS plantea la situación de que en una ejecución inmobiliaria, del precio obtenido en la subasta no se rebaje el importe de los gravámenes preferentes que deben quedar subsistentes. Como sobre este punto hemos tratado recientemente al denunciar en estas mismas páginas una inexplicable omisión de la última reforma procesal de 1992, a ese lugar nos remitimos.

CANALS restringe la preferencia del título anterior respecto de la anotación de embargo. Porque para él lo que determina la preferencia sobre la anotación no es la fecha del título, sino la prevalencia declarada en la

oportuna tercería. La declaración judicial, a su vez, únicamente podrá obtenerse en el procedimiento donde se acordó la anotación.

RIVAS TORRALBA, en su obra sobre las anotaciones de embargo publicada en Madrid en 1992, concluye que parece más consecuente el criterio, que se atiene a la letra de la Ley y que no conduce a ningún resultado absurdo, de que la anotación de embargo sólo tenga preferencia en cuanto a créditos posteriores, de conformidad con lo declarado por la jurisprudencia. Es postura que fundamentalmente compartimos.

En cambio, SARMIENTO RAMOS se muestra partidario de dar preferencia a la anotación de embargo sobre la adquisición que se inscribe con retraso. Se funda para ello, en primer lugar, en una aplicación estricta de la prioridad registral. No puede darse a ese adquirente retrasado un arma formidable con sólo parapetarse tras su inscripción. Porque con ello se produciría un grave perjuicio al embargante, sin que éste pudiera defenderse mediante alegaciones y pruebas. Sobre esto algo se dirá al comentar una última resolución de la Dirección General de los Registros.

14. SALVEDAD SOBRE LA COLISION ENTRE CREDITOS

Hasta aquí se ha tratado de la colisión entre la anotación de embargo y una adquisición anterior, así como de las distintas fórmulas arbitradas al efecto por la doctrina. Ahora bien, si es otro crédito anterior el que se anota después, CAMY entiende que registralmente debe aplicarse el principio de prioridad de los asientos, cual previene el artículo 1.927 del Código Civil. La posible contienda entre acreedores no tiene trascendencia en el orden registral.

En lo anterior coincide ROCA SASTRE. Cuando para el adquirente anterior que inscribe después de la anotación entendía aplicable por analogía el procedimiento breve del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, previsto para la anotación de demanda, añadía que ello no era válido para el caso de un crédito anterior pero anotado después. Al titular de ese crédito más antiguo sólo le cabe el acudir a la tercería de mejor derecho.

En esta línea se inscribe también la última postura de JOSÉ MANUEL GARCÍA, al que hicimos referencia en el epígrafe diez de este trabajo y al que nos remitimos.

15. DIFERENTES SUPUESTOS DE ENFRENTAMIENTO ANOTACION-ADQUISICION

Tras la breve salvedad anterior, procede volver al tema de la colisión entre la anotación de embargo y la adquisición anterior pero inscrita des-

pués. Mas antes de exponer las importantes modificaciones que el mismo ha experimentado recientemente, conviene hacer una somera recapitulación.

Por descontado que el titular del bien gravado con la anotación puede enajenar el mismo, cual se desprende del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, del principio general de alienabilidad proclamado en la Ley para la Hipoteca y del hecho de que si esta última no impide tal enajenación, mucho menos la anotación de embargo, que tiene efectos más débiles que la garantía hipotecaria. Además, el último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria asimila el tercer poseedor de bien anotado al que lo es de bienes hipotecados.

Un supuesto que no ofrece dudas es el de la transmisión o adquisición que se inscribe antes de que llegue al Registro la anotación de embargo. Sea cual sea la fecha del embargo, la anotación no podrá practicarse porque aquella inscripción le cierra el Registro. Ese efecto impeditivo es propio del principio de tracto sucesivo, ya que no puede anotarse embargo sobre un bien que pertenece a persona distinta de aquella frente a la cual se siguió el procedimiento donde se acordó la traba.

Otro supuesto que tampoco ofrece duda es aquel en que la adquisición de la finca es posterior a la anotación y llega al Registro después de haberse practicado ésta. Es el caso del tercer poseedor a que se refiere el artículo 38, párrafo último, de la Ley Hipotecaria. Estamos ante el adquirente de una cosa gravada que ha de pechar con la carga, pues el inmueble pasa al mismo con todas las que sobre él pesen.

El tercer caso es el del adquirente anterior a la fecha del embargo. Del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil se desprende que aquél puede alcanzar preferencia sobre la anotación practicada, sin que ahora hayamos de detenernos en los medios a su disposición para hacer efectiva esa prioridad. Ahora bien, esta última no se dará si el adjudicatario en el proceso de ejecución inscribió su derecho, pues si así ocurre antes de que lo inscribiera el adquirente entonces el Registro se cierra para éste; y es que a favor de aquel adjudicatario juega el principio de fe pública registral con todas sus consecuencias. Salvo este caso, como decimos, la preferencia es del adquirente.

Finalmente queda el caso de que el adquirente lo haya sido en el momento intermedio entre la traba o embargo y la anotación del mismo. Siempre sobre la base de que haya inscrito después de practicada la anotación. Para tal supuesto, la que puede considerarse doctrina tradicional atribuye preferencia al adquirente, salvo que se acredite que lo hubiera sido de mala fe. En tal sentido pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1969 y 27 de septiembre de 1967. En efecto, si no existe mala fe en el adquirente, una simple obligación personal no puede convertirse en una carga real exigible a cualquier propietario.

En el mismo sentido se produce la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1984. En efecto, si la anotación es posterior a la adquisición, la fecha de la primera «es el momento a partir del cual únicamente puede tener repercusiones sobre la transferencia, según resulta de lo dispuesto en el artículo 1.923 del Código Civil, al que se remite el 44 de la Ley Hipotecaria». Y se recuerda que la prelación de la anotación es sólo para los actos posteriores a la misma. Todo ello, cual decíamos, salvo en caso de mala fe del adquirente.

16. LA RESOLUCION DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1988

El último supuesto antes mencionado era el del acto adquisitivo que se producía entre el momento de la traba y el de la anotación. Para él, la doctrina tradicional mantenía la preferencia del adquirente, salvo que hubiera sido de mala fe. Pues bien, tal criterio no es compartido por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de septiembre de 1988, continuada por otra de 12 de junio de 1989 en el mismo sentido. Como tal resolución ha sido objeto de importantes comentarios doctrinales, la abordaremos sólo en lo necesario.

En la misma se mantiene que la anotación en el Registro no es constitutiva del embargo, pues éste puede existir aún sin tal constancia. En realidad, ROCA SASTRE en su quinta edición, tras indicar que la anotación preventiva sirve de elemento constitutivo del embargo, añade que la falta de aquella no vicia el procedimiento ejecutivo. El embargo como tal acto judicial existe, e incluso impone el obligado acatamiento que se debe a las resoluciones judiciales. Pero es la constancia en el Registro, cuando se trata de inmuebles, lo que le da plena eficacia frente a terceros.

En el punto concreto de la referencia que la Resolución de 1988 atribuye a la anotación de embargo hay un argumento, en cierta forma de analogía, que conviene mencionar. Es el relativo al artículo 1.927 del Código Civil que, a efectos de la rescisión de contratos, presume fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiera expedido mandamiento de embargo de bienes. Pero es claro que esto, que jugará plenamente para el enajenante, no puede predicarse del adquirente cuando al tiempo de su adquisición no constaba en el Registro la anotación de embargo, aunque él inscriba la suya con posterioridad a la constancia registral de aquella traba. Y no se puede predicar aquella presunción porque para el que accede al Registro lo que se presume no es la mala fe, sino lo contrario.

Tampoco es convincente el argumento de que dar preferencia a la adquisición que se inscribe con retraso obstaculiza la realización de la justicia

y la efectividad del procedimiento ejecutivo. En efecto, la anotación de embargo tiene sus propios límites institucionales queridos por el Ordenamiento jurídico; y esa limitación de efectos no puede verse como un obstáculo a la justicia, sino como un mero condicionamiento de los procedimientos ejecutivos.

En definitiva, el argumento fundamental y que constituye la *ratio decidendi* de la resolución de 1988 lo es el principio de prioridad. El mismo permite dar preferencia a la traba sobre la enajenación cuando aquella es anterior y siempre que en el acceso al Registro se siga ese mismo orden. Lo que ocurre es que para ello se da un efecto real a la mera traba.

Ya FRANCO ARIAS había propugnado la eficacia frente a terceros del embargo por exigencia de su propia función y no por tratarse de un derecho real, que no lo es. Esa institución del embargo, que es ajena al Derecho privado, puede tener una eficacia *erga omnes*, con exclusión de los restantes caracteres propios de un derecho real.

Esa eficacia absoluta de la traba dictada dentro de un procedimiento no es clara. Será cuando se publique mediante el acceso al Registro cuando podrá vincular a terceros. La eficacia absoluta de la mera traba no es claramente predicable cuando ni siquiera se da en una sentencia judicial, que es resolución de mucho mayor rango.

De otro lado, la anotación preventiva de embargo ya tiene ese límite institucional de no prevalecer frente a actos o créditos anteriores. Esto último por expreso mandato del artículo 1.923 del Código Civil. Y en cuanto a las adquisiciones, por una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha aplicado el criterio de los créditos a las transmisiones, donde, si cabe, hay más motivos para aplicar esa norma. Ya veíamos que para ROCA SASTRE las anotaciones preventivas de embargo constituían una de las excepciones al principio de prioridad o incluso un supuesto en el que no jugaba el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

La resolución de 1988, para dar preferencia a la traba, introduce otro argumento ciertamente interesante. Si en el caso de la adquisición producida en el momento intermedio la tercería de dominio no prosperara, ya que conforme a las sentencias del Tribunal Supremo que se citan el título dominical tiene que estar vigente al momento de efectuarse judicialmente la traba, no parece lógico que en otro proceso independiente de acción reivindicatoria se diera preferencia a ese mismo adquirente del período intermedio.

La objeción es ciertamente de peso. Ahora bien, cada tipo de proceso tiene sus peculiaridades y limitaciones propias. Y, desde luego, el declarativo ordinario sobre acción reivindicatoria o declarativa del dominio tiene una enorme amplitud de trámites que permite que en él se puedan tratar todos los temas de colisión y de preferencia en cuanto a los títulos y a las fechas.

De otro lado, podría atenderse no a la fecha de la traba, sino a la de la anotación. Así lo decretó la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1912, cuyo considerando fundamental transcribimos. «Limitado el recurso a determinar si la anotación preventiva de un embargo de una finca, decretado en juicio ejecutivo para asegurar un crédito personal, obsta a la declaración de dominio a favor de su adquirente por virtud de título anterior, es innecesario tener en cuenta para su resolución la fecha del embargo, porque éste no puede producir efectos contra terceros hasta que no se le haya dado publicidad por medio de su anotación en el Registro».

Lo mismo se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1984. Tras recordar que en las adquisiciones de inmuebles no es necesaria la inscripción registral para conseguir el dominio, añade este argumento fundamental: «A lo cual no puede ser obstáculo la anotación preventiva, justo porque es posterior y su fecha es el momento a partir del cual únicamente pueden tener repercusiones sobre la transferencia, según resulta de lo dispuesto en el artículo 1.923 del Código, al que se remite el 44 de la Ley Hipotecaria».

Ya indicamos antes que la resolución de 1988 fue objeto de numerosos comentarios doctrinales. Concretamente en el extremo de atender a la fecha de la traba, dato que no figura en el Registro, las críticas han sido muy severas. Así, VIDAL FRANCÉS al analizar tal resolución en estas mismas páginas. Más recientemente JOSÉ MANUEL GARCÍA, en su *Derecho inmobiliario registral*, dedica un epígrafe, el 18, a «la fecha de prioridad de la anotación de embargo y la fecha clandestina del embargo mismo»; la simple forma de titular ese apartado ya está denotando la postura crítica del autor.

Como la Dirección General en la comentada resolución da preferencia a la anotación de embargo y a la adjudicación con que terminó el procedimiento, entiende lógicamente que debe cancelarse la adjudicación que se realizó en el momento intermedio. Ello «siempre que se cumpla lo establecido en los artículos 131.17 y 133 de la Ley Hipotecaria, y 175.2.º y 233 del Reglamento Hipotecario».

De los citados artículos, el 131 y el 233 se refieren al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, siendo así que la anotación de embargo no puede equipararse a la hipoteca. El 133 de la Ley extiende el sistema de subsistencia de las cargas anteriores a todos los procedimientos de ejecución. Por tanto, el más directamente aplicable al caso contemplado será el 175 del Reglamento Hipotecario sobre cancelación de asientos, cuando se ultima el procedimiento ejecutivo en el que se tomó la anotación de embargo. En efecto, dicho precepto dispone la cancelación de las inscripciones de derechos no preferentes al del actor.

Pero ello es claro que no resuelve la cuestión ni podía decidirla. Serán los preceptos de rango legal los que hayan de dilucidar tal preferencia. Y

ya hemos dicho que en este caso de la adquisición realizada en el momento intermedio, en el que la solución es ciertamente compleja, la última palabra debe corresponder a los órganos judiciales.

17. LA REFORMA PROCESAL DE 1992

Una gran trascendencia tiene en el tema que nos ocupa la Ley de 30 de abril de 1992, de Reforma Urgente en Materia Procesal. Concretamente, el proceso de ejecución ha sufrido decisivas modificaciones. En primer lugar, el sistema de subsistencia de las cargas preferentes a la que va a la ejecución, ya establecido con carácter general en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria antes mencionado, se recoge ahora de forma expresa en el artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra cosa es que tal medida no haya sido seguida por la adecuada regulación del tema de la liquidación de cargas, omisión que ya hemos denunciado en otra ocasión. En concordancia con el nuevo precepto, el artículo 1.518 consagra la cancelación de las cargas posteriores.

Conforme al artículo 1.489, la certificación que habrá de pedirse al Registro de la Propiedad antes del avalúo de los inmuebles se referirá a la titularidad del dominio, así como a las hipotecas y demás gravámenes a que estén afectos los bienes. El 1.490 establece que el Registrador comunicará el estado de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al de gravamen que se ejecuta. En la certificación de cargas se hará constar que se han hecho las indicadas comunicaciones. A este último respecto resulta interesante la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de julio de 1989, conforme a la cual en el juicio ejecutivo ordinario no era necesario notificar la existencia del procedimiento a los titulares de anotaciones de embargo posteriores a la del ejecutante, pero anteriores a la nota de expedición de la certificación de carga.

Otra importante innovación de la Ley Procesal es la del artículo 1.453 sobre anotación del embargo de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad. El párrafo 2 establece lo siguiente: «El Registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado». Como vemos, la expresión afectar que se ha utilizado es de enorme amplitud.

La purga de las cargas posteriores a la que va a la ejecución, sistema ya anteriormente establecido, es el que subsiste con la reforma. Precisamente por ello, la razón de aquellas comunicaciones previstas en el artículo 1.490 para que sus titulares puedan intervenir en el avalúo y subasta.

Pero surge el interrogante de si ese régimen de purga es aplicable al

titular del dominio que lo hubiera adquirido antes de la anotación de embargo, aunque lo inscribiera después de practicada ésta.

La contestación afirmativa puede desprenderse del artículo 1.490, que prescribe la comunicación «a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores». Y la certificación, conforme al artículo 1.489, había de referirse a «la titularidad del dominio y de los demás derechos reales de la finca o derecho gravado, así como las hipotecas, censos y gravámenes a que estén afectos los bienes». Parece, pues, que todos esos asientos podrán ser cancelados.

Sin embargo, el artículo 1.491, por cierto no tocado en la última reforma, al tratar de las notificaciones del 1.490, las concreta a las hechas a los acreedores a que el mismo se refiere. A su vez, el artículo 1.494, cuando trata de la intervención en el avalúo y subasta, la refiere a los acreedores con segunda hipoteca. Parece, pues, que no se pensaba en el acreedor de dominio.

Finalmente, el artículo 1.518 prescribe que «a instancia del comprador se cancelarán la anotación o inscripción del gravamen que haya dado lugar a la ejecución del bien adjudicado, así como de los posteriores a que estuviere afecta la finca». Es cierto que la cancelación de algunos asientos de dominio es cosa totalmente clara, como cuando la adquisición sea posterior a la anotación de embargo; pero, desde luego, la Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere expresamente a ello. Y en todo caso, de la misma no podrá sacarse argumento para cancelar aquellas adquisiciones anteriores a la traba o, incluso, producidas en el período intermedio.

18. LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1992

La reforma aprobada por Real Decreto de 13 de noviembre de 1992 respondió a la necesidad de recoger en el texto reglamentario las importantes modificaciones introducidas por la Ley 10/1992 de Medidas Urgentes en Materia Procesal. En la Exposición de Motivos, y en la línea de aquella Resolución de 7 de julio de 1989, citada en el apartado anterior, se insiste en que no era necesario el hacer las notificaciones a los titulares de cargas posteriores a la que va a la ejecución en el juicio ejecutivo. Pero admite que como el hacerlo es útil, se impone tal deber de notificación al Registrador. Aquí el mandato de la Ley de Reforma Procesal era ineludible.

La expedición de la certificación de cargas queda recogida en el párrafo 2 del artículo 143 del Reglamento, que recibe nueva redacción. El apartado 1 del artículo 353 establece que a continuación de la certificación se expresará que se han hecho las comunicaciones prescritas en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Precisamente por ello cobra importancia el domicilio en los asientos. A ello se refieren la regla 9.^a del artículo 51 y la circunstancia 12 del artículo 166. Esta última contempla las anotaciones a cuyos titulares puede resultar obligado el hacer comunicaciones. A su vez, que tales notificaciones pueden dirigirse al titular del dominio se desprende de forma inequívoca del artículo 353, apartado 1, párrafo 2.

A su vez, como desarrollo del mandato del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el párrafo 3 del artículo 143 establece lo siguiente: «Los asientos ulteriores a la anotación de un embargo que, en cumplimiento de lo dispuesto en las Leyes, el Registrador debe comunicar al órgano que la ordenó practicar serán los que produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado, así como los practicados en virtud de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales». Recordemos que el artículo 1.453 aludía a todos los asientos que pudieran afectar al embargo practicado.

De otra parte, en el artículo 434 se inserta un párrafo 3.º, conforme al cual, si se hubiera expedido la certificación de cargas prevista en el artículo 1.489 de la *Lex*, en la nota de despacho del título se hará mención del procedimiento para el que se expidió la certificación. Lo cual, ciertamente, servirá de aviso para el adquirente.

Pero la reforma más importante del Reglamento es la de la regla 2.^a del artículo 175. «Cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta.

La cancelación se practicará a instancia del que resulte ser dueño de la finca o derecho con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, expedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Ya vimos que este artículo 1.518 no se refería expresamente a la cancelación de los asientos de dominio, sino a los relativos a las cargas posteriores. Pero en cualquier caso, podría pensarse que el artículo 175 del Reglamento con la última reforma ha solucionado definitivamente el tema de la colisión entre la anotación de embargo y la adquisición anterior que llega al Registro después de practicada ésta. Algún sector de la doctrina entiende que, en efecto, se ha llegado a aquella solución. No es esa nuestra opinión.

Porque si se lee oportunamente el precepto, y en la parte que aquí fundamentalmente nos interesa (la de las adquisiciones anteriores, pero que acceden con retraso al Registro), la dicción del precepto sería: Que pueden

cancelarse los asientos posteriores salvo que se trate de enajenaciones (o adquisiciones, que para el caso es igual) anteriores que estén basadas en derechos inscritos con anterioridad a la anotación y que no estén afectados (tales derechos) por la indicada anotación.

Pues bien, en el caso que nos ocupa la adquisición del dominio es por definición anterior a la fecha de la anotación, aunque llegue al Registro después de practicada ésta. A su vez, esa adquisición está basada en derecho que consta en el Registro antes de la anotación, puesto que efectivamente el transferente lo era según el Registro cuando enajenó su derecho. Queda por tanto el último requisito: que ese derecho anteriormente inscrito no esté afectado por la anotación.

Desde luego, la tesis que mantenemos resultaría más clara si el precepto se refiriera a que lo no afectado por la anotación fuera no el derecho anterior, sino la adquisición. Pero aun con la redacción actual el precepto modificado es susceptible de acomodarse a la interpretación tradicional, que es la que hemos mantenido.

Ciertamente, podría decirse que el derecho inscrito con anterioridad sobre el que recayó la anotación de embargo, claro es que está afectado por tal anotación, con lo que podrá cancelarse en su día. Y de hecho así ocurrió, ya que en su momento era tal persona la que figuraba como titular registral.

Pero si vamos al fondo del asunto y a la titularidad real, el derecho de propiedad en el momento de la traba ya no pertenecía al titular registral, sino a quien había adquirido con anterioridad. Y el derecho de éste, que ya era real en el momento de la traba, no podrá estar legalmente afectado por una anotación de embargo que se decreta por deudas de una persona distinta.

Y es que el deudor responde de las deudas con todo su patrimonio, pero no con los bienes o patrimonio que pertenezcan a otra persona por título legal. Si se acuerda embargo por tales deudas, el mismo no puede afectar legalmente a bienes que son ya de otra persona. Se ha hablado en tal supuesto de nulidad del embargo. Por supuesto que la anotación ni altera la condición del crédito ni lo transforma en derecho real.

En todo caso, la preferencia entre la anotación de embargo y la adquisición anterior que llega con retraso no es cuestión que pueda resolver el Reglamento Hipotecario, sino problema sustantivo a decidir por el Código Civil en su artículo 1.923.4 al que se remite el 44 de la Ley Hipotecaria, y por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta. Esos dos artículos no pueden ser modificados por el Reglamento Hipotecario, aunque se lo propusiera, por evidente falta de rango del mismo.

19. LA RESOLUCION DE 23 DE MARZO DE 1993

En el *Boletín Oficial del Estado* de 20 de abril se publica esta trascendental resolución de la Dirección General de los Registros que se sitúa ante el tema de la adquisición anterior al embargo, pero que llega al Registro después de practicada la anotación. En base a aquella adquisición el Registrador denegó la inscripción del auto de adjudicación con que terminó el procedimiento de apremio en que se tomó la anotación. En ese mismo sentido informó el Juzgado que había intervenido en aquella adjudicación. El criterio denegatorio del Registrador fue confirmado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Sin embargo, esa nota denegatoria y el auto del Presidente que la confirmó fueron revocadas por la Dirección General en la resolución mencionada.

En una triple gama de consideraciones se basa la resolución. La primera, la lógica del sistema, pues la fe en el funcionamiento de la justicia se quiebra cuando, seguido un procedimiento de ejecución por todos sus trámites, en base a una anotación de embargo practicada correctamente, luego resulta que por aquella inscripción retrasada de la adquisición anterior el derecho del adjudicatario viene a resultar ilusorio, incluso con posible quebranto patrimonial del mismo. Resulta injusto que se proporcione una tutela judicial tan eficaz a ese adquirente anterior que pudo retrasar la inscripción de su dominio incluso con falta de buena fe.

Por lo que se refiere a las razones de tipo procesal, la resolución entiende que el remedio que se daba a ese adquirente era acudir a la tercería de dominio para levantar el embargo acordado o, incluso, el posterior juicio declarativo; pero siempre siendo él quien debía asumir la carga de demandar. Invertir esto y hacer que sea el adjudicatario el que deba acudir a los Tribunales para cancelar la inscripción retrasada resulta contrario al principio de tutela judicial efectiva que se debe al primero. Y todo ello en base a una calificación registral que se dicta en un procedimiento donde las pruebas son limitadas y donde no se puede oír a todos los interesados.

Mas, en suma, son los principios registrales los que debían basar fundamentalmente la decisión de la Dirección General. Y en ese particular la resolución de 1993 se funda en el principio de prioridad, sobre la base de que la anotación de embargo había llegado al Registro antes que la adquisición anterior. Por tal razón aquélla se sobrepone a ésta, aunque sustantivamente fuera un título de inferior grado. No es óbice para ello el que a favor de la anotación no juegue la fe pública registral, porque con independencia de ésta, en todo caso debe hacerlo aquel principio de prioridad. En base a lo dicho, será el adquirente retrasado quien deberá accionar, por imponerlo así los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Quizá la expresión más importante de la resolución es la que plantea

el acceso al Registro de aquella adquisición anterior cuando ya previamente consta anotado el embargo. Para la Dirección General procedería o bien denegar la inscripción retrasada de esa adquisición o, como solución más práctica, permitir su acceso al Registro pero con total subordinación al embargo anotado, de tal forma que cuando se inscribiera el auto de adjudicación se cancelara automáticamente aquella adquisición.

Termina la resolución de 1993 con la mención de dos normas reglamentarias en apoyo de su tesis. En primer lugar, la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, modificado en 1992, en cuanto permite la cancelación de los asientos posteriores aunque se refieran a derechos de fecha anterior. Sobre esto ya se ha dicho lo oportuno al referirnos a esa reforma del Reglamento. En segundo lugar, también se refiere al artículo 434, igualmente modificado en 1992, sobre la advertencia que en el título del adquirente retrasado ha de hacerse a que se ha expedido la certificación de cargas, lo que puede poner sobre aviso para ejercitar la oportuna tercería.

En esencia, la postura de la Dirección General en esta resolución coincide con la defendida por JUAN SARMIENTO RAMOS, también integrante del Cuerpo de Abogados del Estado, en su obra *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, publicada en Madrid en 1993. Plantea este autor la posibilidad de no inscribir la adquisición retrasada cuando ya conste en el Registro un embargo posterior que fuera incompatible con aquella titularidad. Pero a esto cabe oponer que la anotación de embargo no impide la venta del bien gravado; lo que sí es aplicable a las posteriores, igualmente debe ser predicable de las enajenaciones anteriores. El ejemplo que recoge SARMIENTO, expuesto por MANUEL PEÑA, es definitivo en el sentido de no impedirse esa inscripción de la adquisición retrasada.

Quedaría entonces la otra solución, apuntada en la resolución, de inscribir la adquisición retrasada pero supeditándola a la anotación de embargo en la forma antes indicada, esto es, de tal manera que incluso pudiera cancelarse la adquisición cuando se fuera a inscribir la adjudicación con que termina el procedimiento de apremio. Pero, a nuestro juicio, tan drástica solución carece de apoyatura legal. Una inscripción no puede supeditarse fuera de los casos previstos legalmente, ni cabe cancelación automática de asiento más que cuando expresamente resulte establecido.

En el presente caso, de existir supeditación es más bien de la anotación de embargo a la adquisición anterior por expreso mandato de los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, así como de la reiteradísima jurisprudencia que en tal sentido se ha pronunciado. Por ello, frente a esa normativa no puede prevalecer un principio de prioridad que en el caso de las anotaciones preventivas de embargo tiene aquellas limitaciones sustanciales que indicaba ROCA SASTRE.

Es verdaderamente sintomático que cuando en el caso resuelto por la

resolución de 1993 el Registrador que formuló la nota denegatoria y el Juez que informó se basaban en tales artículos 1.923 y 44 de la Ley Hipotecaria para denegar la inscripción del auto de adjudicación, la Dirección General al estimar el recurso interpuesto no se pronunciara expresamente sobre esos dos artículos, que eran la base fundamental para denegar la inscripción.

De la misma forma, hay que decir que los argumentos procesales tampoco eran concluyentes. El que se tenga un camino expedito para judicialmente levantar el embargo, como es la tercería de dominio, no quiere decir que se pueda obligar al adquirente a ejercitarlo a ultranza. Las normas procesales tienen, en efecto, rango de Ley y no pueden ser sustituidas por opiniones doctrinales por elevadas que sean. Es más, el adquirente anterior que no inscribe su derecho ya corre un gravísimo riesgo si se consuma la adjudicación al rematante, pues de inscribir éste su derecho antes de hacerlo aquél el adjudicatario obtendrá la protección de la fe pública registral en perjuicio de ese adquirente retrasado.

Tampoco es argumento decisivo lo que se exponga sobre la tutela judicial efectiva. Porque inclinar la balanza a una de las partes enfrentadas supone perjuicio para la otra. Y puede ocurrir que ese adquirente retrasado no fuera culpable de la demora en el caso concreto. Las razones, pues, de justicia material habrán de ser sopesadas en última instancia por los Tribunales de Justicia, pero no pueden basar calificaciones registrales que no tengan un claro apoyo en la Ley.

Ciertamente que el problema puede ser arduo. Por cierto que así lo reconocía otra Resolución de 21 de noviembre de 1991 para un caso distinto al actual, pero con el que tiene alguna relación. Incluso hay que admitir que puede existir una cierta laguna en nuestro sistema legal, lo que requiere buscar los medios más razonables para subsanarla. A ello dedicaremos las últimas consideraciones de este trabajo.

Finalmente, hay que decir que la Dirección General en la resolución de 1993, tras revocar la nota del Registrador, entiende que es inscribible el auto de adjudicación, pero para ello ha de cancelarse previamente el dominio del adquirente anterior, lo que se hará mediante el oportuno mandamiento del Juez de la ejecución. Al final, pues, no existe aquella cancelación automática presentada, sino que es necesario mandato judicial expreso.

Pero es posible que la autoridad judicial no comparta el criterio de la resolución y no decrete la cancelación de la adquisición retrasada. En el caso concreto de la resolución de 1993 el Magistrado Juez de lo Social entendió, en efecto, que la adquisición anterior era preferente conforme a los artículos 1.923.4 del Código y 44 de la Ley Hipotecaria tantas veces citados. El supuesto de una decisión judicial en tal sentido es perfectamente posible, lo que dejaría no en demasiado buen lugar a la doctrina de la Dirección General. Ya se dijo también que el Presidente del Tribunal

Superior de Justicia compartió el criterio del Registrador y del Juzgado informante.

Y es que, en última instancia, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no bajo la de la Dirección General o del propio Registrador. Para acceder o no a la inscripción de unos títulos, el criterio del Centro directivo resulta decisivo; pero la cancelación de lo inscrito requiere el consentimiento del titular o mandato judicial, fuera de los casos de cancelación automática en que no nos encontramos.

En este tema tan fundamental de la colisión entre la anotación de embargo y la adquisición que se inscribe con retraso, aún siendo anterior, hay que adherirse a la que JOSÉ MANUEL GARCÍA llama su postura matizada en el tomo II de su *Derecho hipotecario*. Conforme a ello se da preferencia a la adquisición. Como con frase enormemente certera indica tal autor, el artículo 1.923.4 del Código Civil es un precepto de clasificación de créditos a tenor del epígrafe en que está incluido, y mal puede ser clasificado como crédito con anotación de embargo aquel en que esta carga se ha practicado sobre un bien que no pertenecía al patrimonio del deudor. Se contraviene, pues, el artículo 1.911 del Código Civil.

Expone JOSÉ MANUEL GARCÍA que esas adquisiciones anteriores se dan en la realidad, y con mucha frecuencia, mediante documento privado. Por ello, dar valor absoluto a la anotación de embargo implicaría verdaderos despojos que muchas veces recaerían en modestos propietarios.

Es cierto que el restringir la eficacia de la anotación de embargo puede llevar a que se embarguen más bienes de los estrictamente necesarios, en lo que se ha llamado un abuso de embargo. Pero aparte de que ello puede y debe ser controlado por la autoridad judicial, también hay que tener en cuenta la facilidad con que se decreta el embargo de bienes inmuebles a veces sobre la base de una mera nota informativa del Registro de la Propiedad, y hasta prescindiente en otras de si el embargado era el poseedor de los bienes.

20. POSIBLE SOLUCION A LA COLISION ANOTACION-ADQUISICION RETRASADA

Siendo para nosotros clara la solución del problema desde el punto de vista del Derecho sustantivo, la cual nunca podrá ser contradicha por la normativa del Reglamento Hipotecario, lo que resta es solucionar la cuestión del procedimiento para resolver adecuadamente aquella posible colisión. Tal solución necesariamente ha de encomendarse a los Tribunales de Justicia, porque es a éstos a quienes toca decidir las cuestiones de prelación de derechos, lo mismo que las de propiedad.

Desde luego, no parecía vía oportuna, por un extremo, la expeditiva de la tercería registral a utilizar por el adquirente retrasado. Ya ROCA SASTRE se había pronunciado en contra al entender que aquella tercería se da fundamentalmente ante el embargo no inscrito, que no es el caso que nos ocupa. En el mismo sentido se pronuncia SARMIENTO RAMOS en su obra antes citada, a la cual nos remitimos en este particular. También se inclina excesivamente a favor del adquirente que inscribe con retraso CHICO ORTIZ, para el que el Registrador al inscribir ese título no debe arrastrar la carga, es decir, reflejar en el cuerpo de la inscripción la anotación de embargo practicada con anterioridad.

A su vez, por el otro extremo, el valor absoluto de la anotación de embargo no resulta aceptable en nuestro Ordenamiento. En el mismo sentido, el obligar al adquirente al ejercicio de determinadas acciones tampoco cabe establecerlo sin una clara base legal.

Ya FECED se había pronunciado sobre que era preferible obligar a los titulares de esos asientos que llegaban tarde al Registro a personarse en el proceso en que se tomó la anotación de embargo, puesto que al inscribir ellos su derecho ya había constancia registral del procedimiento. Puede decirse que la postura de SARMIENTO y de la resolución de 1993 va por ese camino al entender que es ese adquirente quien debe tomar la iniciativa de accionar por medio de la vía ortodoxa que es la tercería de dominio. Lo que ocurre es que esas obligaciones procesales en ninguna parte están y sólo pueden establecerse por una Ley formal.

La solución, pues, ha de ir por esa vía intermedia en la que existen propuestas de enorme interés. Así, para MAZUELOS, el legislador debió articular un procedimiento especial de tercería, de carácter breve y sencillo, en el que con audiencia de los interesados se decida provisional o definitivamente el problema jurídico.

ROCA SASTRE se inclinaba por aplicar el procedimiento que el artículo 198 del Reglamento Hipotecario establece para los casos de anotación de demanda frente a asientos de fecha posterior, pero extendidos en virtud de títulos anteriores a aquélla. En ejecución de la sentencia y con audiencia de los interesados, el Juez decidirá lo procedente, pudiendo cancelar los asientos indicados si el actor lo pide y no se oponen sus titulares. Si hay oposición, el asunto se ventila por el cauce de los incidentes.

RIVAS TORRALBA, en su obra *Anotaciones de embargo*, Madrid, 1992, apunta que la sugerencia de ROCA es atendible de *lege ferenda*, pero carece de todo apoyo en el Derecho positivo. Entendemos que esta última afirmación es excesivamente tajante. Porque en nuestro Ordenamiento cabe la invocación a la analogía; y el supuesto del artículo 198 sobre la anotación de demanda, y el otro de la anotación de embargo enfrentada a adquisiciones anteriores pero inscritas después, encierran evidente analogía.

Con todo, aquella vía del artículo 198 del Reglamento Hipotecario no estaba exenta de perplejidades que agudamente puso de manifiesto FECED. Por ello, sobre la base de que el asunto han de decidirlo los Tribunales de Justicia y de que tal decisión habrá de darse con audiencia de todos los interesados, la solución preferible es que el procedimiento que en concreto se articule lo sea por una norma con rango de Ley, que es el adecuado para los temas procesales.

Creemos, en la línea de lo hasta aquí mantenido, que la preferencia sustantiva corresponderá al adquirente anterior. Pero ello habrá de declararse con todas las garantías de audiencia y sin que pueda excluirse *a priori* la solución contraria en caso de mala fe de aquél. La resolución de la colisión puede encomendarse al Juez que conoce del proceso de ejecución; y ello tan pronto el mismo tenga conocimiento de aquella adquisición anterior.

El procedimiento puede ser sumario y concentrado, bastando con la audiencia de las partes interesadas y la posibilidad de que éstas aporten pruebas. La fórmula del artículo 198 del Reglamento de que el Juez cancelará los asientos contradictorios si sus titulares no se oponen a la pretensión del actor no resulta totalmente feliz. Bien es verdad que la expresión es «podrá decretar» tal cancelación. Pero en todo caso, en los asuntos judiciales el silencio o aun la rebeldía de la parte demandada no implica por sí sola la estimación de la pretensión del actor. Por consiguiente, es preferible la fórmula de que el Juez dicte la resolución que resulte ajustada a Derecho.

Ese pronunciamiento habrá de recaer sobre qué asientos hayan de practicarse o cuáles se hayan de cancelar. No cabe extrañarse de que el Juez que decretó la anotación pudiera después acordar dejarla sin efecto. Porque ello sería por el conocimiento de un hecho nuevo, como es la existencia de otro propietario anterior y por las alegaciones que éste haya podido realizar.

La resolución judicial que se dicte debe ser ejecutiva sin más recursos. En tal sentido, creemos preferible esa solución a la del artículo 198 del Reglamento que remite al proceso de los incidentes, con la duda que apuntaba FECED de que cupiera después acudir al declarativo. Lo que ocurre es que, tras aquella decisión sumaria y ejecutiva, debe quedar reservada a las partes el derecho de promover el juicio declarativo correspondiente, el cual iniciará, como es lógico, la parte vencida en aquella primera decisión. Incluso, para conservar las debidas garantías de la promoción de ese posterior declarativo, podrá tomarse anotación preventiva.

Si quien promueve ese juicio ordinario es el anotante, por haberse decretado la cancelación de su anotación en base al dominio anterior del adquirente, el primero podrá reclamar a este último los daños y perjuicios que entienda le ha causado por el retraso en la inscripción. Porque, efec-

tivamente, ese perjuicio puede darse para tal anotante y, sobre todo, mucho más para el adjudicatario del bien en el proceso de ejecución, el cual puede ver cómo su adquisición queda sin efecto.

Pero puede ocurrir que esa reclamación de daños frente al adquirente retrasado no prospere, bien porque ese retraso fuera inculpable o porque al mismo no pueda conectarse el daño padecido por el adjudicatario. Estaríamos, en última instancia, ante un fallo del sistema, cual hace tiempo había expuesto LA RICA, o como había indicado el Registrador en la nota de calificación que motivó la resolución de 1993 que hemos comentado.

En aquel caso de fallo general queda como último remedio la petición de responsabilidad a la Administración del Estado, por el funcionamiento de la institución del Registro de la Propiedad. Porque, efectivamente, en algunos supuestos límites pueden ocasionarse daños que aquél no puede evitar. Aunque el principio de responsabilidad estatal ya está legalmente establecido con carácter general, tampoco estaría de más consignarlo expresamente para este supuesto especial que hasta aquí hemos considerado.

21. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA ANOTACION DE EMBARGO

Recordemos ahora que la Resolución de la Dirección General de 6 de septiembre de 1988 consideraba como fecha determinante en el embargo la de la traba. Precisamente en su último fundamento de Derecho aclaraba que ese dato no pudo ser tenido en cuenta por el Registrador porque no constaba en el mandamiento que decretaba la anotación. Este criterio de acudir a la fecha de la traba, la cual no consta en el Registro, fue impugnado por VIDAL FRANCÉS, que hablaba de un regreso a sistemas de clandestinidad. En el mismo sentido, JOSÉ MANUEL GARCÍA, cuando en su obra hacía referencia a «la fecha clandestina del embargo mismo». Y es que, como hemos dicho en epígrafe anterior, el embargo se hace público para terceros con su constancia en el Registro de la Propiedad.

Con todo, y supuesto lo anterior, no vemos inconveniente en que en el mandamiento acordando la anotación y en el texto del asiento de ésta se deje constancia de la fecha de la traba. En el juicio ejecutivo será el momento en que la Comisión Judicial, tras el requerimiento de pago, efectúa el embargo de bienes del deudor, pues en definitiva los integrantes de aquella Comisión obran por la autoridad del Juzgado. En otros supuestos la fecha puede ser la de la providencia que acuerda el embargo.

Cierto que la fecha de la traba tendrá eficacia frente a terceros por la constancia del embargo en el Registro de la Propiedad; pero no lo es menos

que si esa fecha de la traba figura en el mandamiento y en la anotación que se practique, se contará con más elementos de juicio para decidir la cuestión por quien en cada caso corresponda.

Vimos que la Dirección General en la resolución de 1993 aludía al conocimiento que el adquirente que inscribe con retraso puede tener del procedimiento donde se tomó el embargo, pues ello resultará de la nota que el Registrador consigne en el título de aquél de haberse expedido la certificación de cargas en dicho procedimiento.

A su vez, el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al Registrador la obligación de comunicar a la autoridad judicial que decretó la anotación de embargo la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar a aquélla. Concretamente, el apartado tres del artículo 143 del Reglamento Hipotecario incluye entre los asientos que pueden causar tal afección a aquellos que deban acarrear la cancelación de la anotación. En nuestra opinión, es claro que entre ellos han de figurar las inscripciones de adquisiciones anteriores al embargo, pues en realidad lo que están demostrando es que el embargo se decretó contra quien en esa fecha no era propietario de los bienes. SARMIENTO RAMOS, en su obra antes citada, reconoce que el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la modificación de 1992, parece especialmente pensado para el caso que comentamos de la inscripción retrasada del adquirente anterior.

Alude tal autor a la buena intención de precepto, aunque lo califica de estéril. Coincidimos con lo primero, pero no con la última parte del juicio. Muy al contrario: la constancia de esa adquisición anterior en los procedimientos de ejecución donde se hubiera tomado anotación de embargo servirá en muchos casos para que aquéllos no sigan adelante ante el previsible fracaso que para los mismos determinaría tal adquisición preferente.

En efecto, ocurre frecuentemente en la realidad que la mera alegación, aún extrajudicial, de ese título preferente acarrea el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo. Por tanto, con la constancia registral ahora dispuesta los casos en que se llegue a una adjudicación a favor del tercero rematante serán verdaderamente raros. No es que se hayan eliminado totalmente los fallos del sistema, pero al menos se habrá reducido su aparición en forma muy considerable.

Una tercera observación es sobre aquel procedimiento judicial que entendíamos aplicable en sustitución del previsto por el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Si para las anotaciones de embargo hemos propugnado un expediente sumario con decisión ejecutiva y a results del posterior declarativo, la misma solución podrá aplicarse en los casos de anotación de demanda, con lo que desaparecerían aquellas dudas que apuntaba FECED. Pero en cualquier supuesto esa modificación habría de ser mediante norma de rango legal.

22. REFORMA LEGAL QUE SE PROPONE

En todo lo hasta aquí expuesto hemos manifestado nuestra opinión favorable a la prevalencia de la adquisición anterior sobre la anotación de embargo practicada. Asimismo que la vía oportuna para decidir esa cuestión es la judicial. Y finalmente que ello debe realizarse mediante la oportuna reforma con rango de Ley.

Sobre esa base y con todas las limitaciones que suponen una primera aproximación al tema, creemos que el sitio más adecuado para la innovación sería el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente podría discutirse si el lugar más indicado para esta reforma no sería el artículo 71 de la propia Ley. Desde luego algunas normas de las que hoy contiene el artículo 38 podrían estar mejor en aquél.

Pero para respetar al máximo el Ordenamiento vigente, que siempre tendrá algo de acarreo histórico, la propuesta es la de adicionar el artículo 38 con los párrafos que ahora se indican.

«Si la adquisición que se inscriba en el Registro después de la anotación fuera anterior a la fecha de ésta, una vez que tal circunstancia conste en el Juzgado que entienda del procedimiento, bien por haberse cumplido lo establecido en el artículo 1.453, párrafo dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien porque al llegar al Registro la adquisición producida en aquel procedimiento el Registrador debió comunicar al Juzgado la existencia de aquella inscripción de adquisición, la autoridad judicial, con citación y audiencia de todos los interesados, decidirá lo procedente, con determinación de los asientos que hayan de practicarse o que cancelar.

La anterior resolución será ejecutiva, sin perjuicio de que los interesados puedan promover sobre la cuestión el correspondiente juicio declarativo. En este caso podrá tomarse anotación preventiva de la demanda.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será aplicable al supuesto de anotación de demanda cuando existan asientos posteriores pero basados en títulos de fecha anterior.

En el supuesto de la anotación preventiva de embargo, si el juicio declarativo hubieran de promoverlo el anotante o el adjudicatario, en el mismo podrán solicitar para su caso la indemnización de daños y perjuicios que les hubiera causado el retraso en la inscripción del adquirente anterior. Si tal indemnización no resultara procedente en esa vía, se podrá pedir la responsabilidad de la Administración Estatal por el funcionamiento del Servicio del Registro de la Propiedad».

En esos o en parecidos términos podría resolverse una cuestión que tanto ha inquietado a la doctrina y a la jurisprudencia. Ahí queda, pues, nuestra aportación.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

La Eurohipoteca

PRESENTACION

Son conocidos los problemas que han surgido para el pleno desarrollo de los objetivos previstos en el Tratado constitutivo de la CEE, y en concreto para el establecimiento de la libre circulación de personas, capitales y servicios. Quizá en los últimos tiempos estos problemas se hayan agravado como consecuencia de la crisis económica. A pesar de los impulsos desde los propios organismos comunitarios, lo cierto es que no se ha avanzado con la celeridad en principio prevista.

La libre circulación de personas, servicios y capitales exige una progresiva desaparición de fronteras y una gradual unificación de las condiciones económicas y jurídicas que rigen el mercado en los países comunitarios. Es de sobra conocido cómo estos problemas y obstáculos se agravan cuando se trata de establecer las condiciones objetivas necesarias para que pueda surgir un auténtico crédito hipotecario transfronterizo. Además de otros obstáculos, el principal deriva de la variedad de normas que inciden sobre el crédito hipotecario (fundamentalmente de Derecho civil, hipotecario, concursal y procesal), lo que dificulta enormemente un simple intento de aproximación jurídica.

Pero los organismos comunitarios desde hace tiempo vienen estudiando diversas fórmulas para conseguir que el crédito hipotecario adquiriera una verdadera dimensión transfronteriza, a pesar de todas las dificultades. No puede olvidarse cómo el crédito hipotecario es el que mayor volumen de financiación genera, singularmente en la construcción y consiguiente adquisición de viviendas. Todo lo que signifique abaratar el coste de la vivienda debe ser contemplado con agrado y, sin duda, la desaparición de las fronteras en el ámbito del crédito hipotecario supondría una rebaja en su coste y consiguientemente en el precio de la vivienda, lo que favorecería, sin duda, principalmente a las clases más necesitadas.

Pero si bien el objetivo final de conseguir un crédito hipotecario transfronterizo es algo evidente para las instituciones comunitarias, lo cierto es

que hasta la fecha de hoy no han sido capaces de encontrar las fórmulas viables para ello. Si bien en un principio se pensó incluso en una unificación jurídica, pronto hubo de desecharse por utópico, dadas las profundas diferencias entre los ordenamientos jurídicos. Más adelante se pensó en la utilización de la técnica del mutuo reconocimiento: precisamente el principio esencial del proyecto de Directiva sobre el crédito hipotecario (que, como es conocido, no llegó a aprobarse) era el mutuo reconocimiento de técnicas financieras. Incluso la Segunda Directiva Bancaria reconoce, si bien tímidamente, el principio del mutuo reconocimiento.

En los últimos tiempos, sin embargo, parece abrirse camino una tercera vía, como es el intento de creación de un tipo especial de hipoteca que fuese regulado unitariamente para todos los países miembros de la CEE y que, por lo tanto, pudiese ser utilizado en todos ellos indistintamente. La idea lleva ya algún tiempo barajándose en círculos comunitarios y ha recibido el apoyo de diferentes grupos. Baste un ejemplo: en la reunión anual de la Federación Hipotecaria Europea celebrada en Bruselas en junio de 1993, don HELMUT SCHOLZ, actual Presidente de la Federación Hipotecaria Europea, en su discurso inaugural se refirió expresamente a esta vía para obtener un crédito hipotecario transfronterizo, lanzando el reto a las autoridades comunitarias.

Las páginas que siguen a continuación pertenecen a un libro de reciente aparición (1992). Su título, *Die Eurohypothek* (1), es decir, la *Eurohipoteca*. Su autor es don OTMAR M. STÖCKER, jurista y abogado de la Federación Hipotecaria Alemana. Esta Federación agrupa a todas las Cajas de Ahorros y Bancos hipotecarios alemanes, que son las entidades que conceden la práctica totalidad del crédito hipotecario en Alemania. A su vez, esta Federación se integra en la Federación Hipotecaria Europea, que constituye, sin duda, una asociación de enorme importancia dado el volumen de crédito hipotecario que mueven las instituciones que la integran. El autor, pues, ocupa una posición privilegiada para abordar una obra sobre esta materia, pues a sus profundos conocimientos teóricos (con gran dominio del Derecho comparado, esencial para escribir sobre este tema) une el tener a su disposición toda la información actualizada, lo que no resulta fácil, pues muchos de los documentos que maneja si bien no son confidenciales, tampoco son de libre circulación ni, por consiguiente, fáciles de obtener. Quien lea su obra podrá comprender la voluminosa documentación que ha manejado.

El autor, antes de escribir la obra, ha realizado un profundo estudio de diversos Derechos europeos, y entre ellos el español. Soy testigo de ello, pues con cierta frecuencia me solicitaba el envío de documentación (doctrina, jurisprudencia, etc.) y el intercambio de opiniones sobre el Derecho

(1) OTMAR M. STÖCKER, *Die Eurohypothek*, editado por Duncker & Humblot, Berlín, número 76 de la sección B: «Ciencia jurídica».

español. El conocimiento de los diversos sistemas jurídicos, y especialmente el ámbito hipotecario, le han permitido abordar un tema como éste.

Debo hacer una importante aclaración: las páginas que siguen a continuación no constituyen la totalidad del libro, sino aproximadamente unas ciento treinta páginas de las trescientas totales. He optado por traducir sólo esta parte por diversas razones, como son: haber traducido todo hubiese sido demasiado extenso para su publicación en una revista y, además, la parte traducida creo que es la de mayor interés para el lector español.

La obra se estructura en cuatro capítulos: el primero, muy corto (sólo cinco páginas), supone una pequeña introducción para explicar el sentido general de la obra y su finalidad. El segundo, el más extenso (casi doscientas páginas), contiene un estudio de los Derechos de garantía real inmobiliaria en Alemania (págs. 24-76), Francia (págs. 77-142) y España (págs. 142-190). Dentro de este capítulo, y con el apartado IV, está lo que el autor titula como una pregunta: ¿Es recomendable un derecho de hipoteca no accesorio unitario para toda la Comunidad Europea? Con este apartado se inicia la parte que he traducido. El capítulo tercero (págs. 216-296) se refiere a la *Eurohipoteca*. El cuarto y último capítulo, a las conclusiones generales de la obra. El libro incluye un amplísimo resumen de obras doctrinales y un índice de términos.

No obstante la anterior aclaración, para evitar cualquier confusión, al exponerse el Índice General de la obra figura el Índice completo y no sólo el correspondiente a la parte traducida. Con dicho Índice creo se evita cualquier duda sobre lo que figura traducido, es decir, a partir del apartado IV del segundo capítulo, que en la obra se encabeza con él la letra B.

Debo hacer finalmente diversas observaciones acerca de la traducción realizada. Todos aquellos que en alguna ocasión se hayan enfrentado con el problema de traducir algún texto jurídico comprenderán la dificultad que conlleva. Muchas veces resulta absolutamente imposible encontrar el término adecuado para traducir alguna institución jurídica sin equivalente en nuestro Derecho. Personalmente me he guiado por los siguientes principios: he procurado realizar una traducción lo más literal posible, respetando el estilo del autor (así, por ejemplo, la utilización de frases muy cortas, la reiteración de las principales ideas, etc.). He suprimido totalmente las notas a pie de página (a lo largo de la obra son más de mil). Las escasísimas notas son mías y no del autor. He respetado la numeración de la obra, y de ahí que la parte traducida comience con el número IV. He entendido con ello que respeto más la voluntad del autor y que no induce a confusión una vez que antes ha quedado explicado el contenido de la parte no traducida, figurando además el Índice completo del libro.

Al realizar una traducción muy literal he respetado diversas alusiones al Derecho alemán (que quizá podía haber suprimido), así como diversas re-

ferencias a partes anteriores del libro. Diversas alusiones a algunas figuras del Derecho francés pueden inducir a confusión. No obstante, creo que el estudio de estas figuras puede encontrarse en más de un Tratado a disposición del lector español.

Debo finalmente hacer patente un doble agradecimiento: al autor por haberme permitido la traducción, aunque sea parcial, de la obra y por sus acertadas observaciones, y a mi mujer Amaya por su inestimable ayuda en la traducción.

Espero que el trabajo realizado sirva al menos para concienciar al jurista español, y especialmente a quienes profesionalmente estamos en permanente contacto con el crédito hipotecario, acerca de la importancia de la discusión que hoy tiene lugar en los círculos comunitarios y para tomar parte en lo posible en dicha discusión, aportando las ideas y soluciones que se estimen más convenientes. Si ello es así me daría por satisfecho.

Quede, pues, claro, que las páginas que siguen constituyen el apartado final del segundo capítulo y los capítulos tercero y cuarto. La parte no traducida se refiere, pues, esencialmente a un estudio de los Derechos alemán, francés y español que para quien lo desee puede encontrarse en algunos manuales en el mercado español. Entiendo que la parte verdaderamente atractiva es la que sigue a continuación, pues es donde se desarrolla la idea de una Eurohipoteca.

Obviamente, lo que sigue es exclusivamente la traducción, sin que por lo tanto se manifieste ninguna opinión personal sobre las ideas vertidas por el autor. Quede quizá para un futuro la exposición de opiniones personales.

La obra ha merecido más de una crítica favorable en revistas especializadas: así, por ejemplo, la realizada por el profesor KLEMENS PLEYER en la revista alemana *Para el Derecho Bancario o Comercial* o la realizada en la revista *El Banco* por WAGNER-WIEDUWILT o la realizada por el Notario señor REITHMANN en la *Revista de Derecho Bancario*. Incluso ha tenido alguna referencia en España, en concreto en el número 18-19 de la revista española *Financiación a la Vivienda* del Banco Hipotecario.

Mi único objetivo al llevar a cabo la traducción es poner al alcance del lector español un tema de esta actualidad y que, sin duda, será objeto de muchas controversias en los próximos años. Debemos ser conscientes de cómo de una forma u otra habrá que encontrar la solución al problema del crédito hipotecario transfronterizo. Quizá la solución más segura sea la que se explica en esta obra.

El tema además está siendo objeto de permanentes debates en el seno de los círculos comunitarios. Baste como ejemplo el siguiente: la Unión del Notariado Latino ha presentado recientemente una nueva propuesta sobre la Eurohipoteca que no difiere mucho de la que se recoge ya en el libro. Las palabras finales de esta propuesta son significativas, pues supone un llama-

miento a presentar, profundizar y discutir otras alternativas, debiendo figurar en primera línea los institutos jurídicos, universidades y demás instituciones interesadas. Deseo que el esfuerzo que ha supuesto la traducción sirva para que también los juristas españoles podamos participar en esta apasionante discusión que, con toda seguridad, en un futuro no lejano se plasmará en algún texto legislativo (2).

INDICE GENERAL DE LA OBRA

SUMARIO: A. INTRODUCCION.—I. FINALIDAD DE LA OBRA.—II. METODO DE EXPOSICION.—B. LA UTILIZACION PRACTICA DE LOS DERECHOS DE GARANTIA REAL INMOBILIARIA EUROPEOS.—I. ALEMANIA.—II. FRANCIA.—III. ESPAÑA.—IV. ¿ES RECOMENDABLE UN DERECHO DE HIPOTECA NO ACCESORIO UNITARIO PARA TODA LA COMUNIDAD EUROPEA?: 1. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXPUESTOS CON ANTERIORIDAD. 2. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. 3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TRANSFRONTERIZO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 4. ¿SOLUCIÓN CON LAS NORMAS DE COLISIÓN Y UN DERECHO REAL PARA HECHOS NACIONALES O TRANSNACIONALES? 5. UN DERECHO DE GARANTÍA REAL INMOBILIARIA UNITARIO PARA TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 6. CONCLUSIONES PARCIALES.—C. LA EUROHIPOTECA.—I. INTENTOS HASTA NUESTROS DIAS DE UNA UNIFICACION DE LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS. 1. EL INFORME SEGRÉ. 2. INFORME DEL INSTITUTO MAX-PLANCK. 3. ASOCIACIÓN BANCARIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 4. FEDERACIÓN HIPOTECARIA EUROPEA. 5. DOCUMENTOS DE TRABAJO DE LA COMISIÓN. 6. DIRECTIVAS. 7. UNIÓN DEL NOTARIADO LATINO. 8. CONCLUSIONES PARCIALES.—II. LA CEDULA HIPOTECARIA SUIZA. 1. IMPORTANCIA. 2. DISPOSICIONES LEGALES. 3. OTROS DERECHOS DE GARANTÍA REAL HIPOTECARIA. 4. ACCESORIEDAD. 5. NATURALEZA JURIDICA. 6. OBJETOS HIPOTECABLES. 7. EXIGENCIAS DE PUBLICIDAD. 8. CONSTITUCIÓN, TRANSMISIÓN Y CANCELACIÓN: a) *Constitución*. b) *Transmisión*. c) *Extinción*.—9. MODIFICACIÓN DEL CRÉDITO. 10. ACUMULACIÓN DE CRÉDITO. 11. NUEVA UTILIZACIÓN. 12. CONVERSIÓN. 13. ASEGURAMIENTO DE UNA LÍNEA DE CRÉDITO. 14. FINANCIACIÓN POR TRAMOS. 15. ASEGURAMIENTO DE UN CRÉDITO CONSORCIAL. 16. FINANCIACIÓN INTERMEDIA. 17. ASEGURAMIENTO DE PRESTACIONES ACCESORIAS. 18. PRÉSTAMOS GLOBALES. 19. RESERVA DE UNA POSICIÓN DE RANGO VENTAJOSA. 20. OCULTAMIENTO DE LA PERSONA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO. 21. HIPOTECA DE DIVISAS EXTRANJERAS. 22. EJECUCIÓN FORZOSA. 23. CONCLUSIONES PARCIALES.—III. IDONEIDAD PARA LA SOLUCION DEL PROBLEMA: 1. TÉCNICAS DE ASEGURAMIENTO. 2. VENTAJAS DE LA «EUROHIPOTECA». 3. RIESGOS DE LA «EUROHIPOTECA». 4. ¿ES LA «EUROHIPOTECA» COMPATIBLE CON LOS

(2) Enviado ya este trabajo a la imprenta, ha saltado a la prensa la polémica acerca de la interpretación del artículo 1.211 del Código Civil en relación a los préstamos hipotecarios, lo que en el fondo viene a plantear la posibilidad de admitir en el actual Derecho español una hipoteca abstracta y por tanto no accesoria del crédito, tema íntimamente relacionado con la materia que aborda este libro.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD? 5. CONTRATO DE ASEGURAMIENTO. 6. CONCLUSIONES PARCIALES.—IV. ¿COMO PODRÍA REGULARSE LA «EUROHIPOTECA»?—V. POSIBILIDADES DE CREACION DE UNA «EUROHIPOTECA»: 1. MERCADO INTERIOR TAMBIÉN PARA EL CRÉDITO HIPOTECARIO. 2. INSTRUMENTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 3. ARTÍCULO 222 DEL TRATADO. 4. NORMAS LEGITIMADORAS PARA LA INTRODUCCIÓN DE UNA «EUROHIPOTECA». 5. TRATADO INTERNACIONAL. 6. CONCLUSIONES PARCIALES.—D. **CONCLUSION FINAL.**

IV. ¿ES RECOMENDABLE UN DERECHO DE HIPOTECA NO ACCESORIO UNITARIO PARA TODA LA COMUNIDAD EUROPEA?

El actual mercado crediticio precisa derechos de garantía que se acomoden a las exigencias del moderno mercado del crédito. Aunque los instrumentos jurídicos se diferencien unos de otros en los diferentes Estados comunitarios, sin embargo los institutos de crédito de todos los Estados son similares y se plantean idénticas preguntas. A continuación se contraponen los efectos obtenidos en relación a los diferentes sistemas jurídicos para cada una de las técnicas de aseguramiento. Igualmente se hace referencia a las especialidades de algunos Estados miembros. La exposición de un específico problema de Derecho internacional privado en el ámbito del crédito hipotecario transfronterizo debe enseñarnos que la existencia de derechos de garantía real inmobiliaria, específicos en algunos Ordenamientos jurídicos y desconocidos en otros, plantea dificultades en la práctica contractual internacional. Después se investigará si los problemas pueden ser resueltos a través de las normas de colisión o a través de la creación de un estatuto real para los créditos hipotecarios transfronterizos, así como para las relaciones transfronterizas, o si puede ser introducido en el derecho de cosas de todos los Estados comunitarios un derecho de hipoteca no accesorio, igualmente utilizable en las relaciones nacionales.

1. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXPUESTOS CON ANTERIORIDAD
(Alemán, francés y español)

A) Técnicas

- 1) *Cambio de la deuda (del crédito)*

La posibilidad de utilizar un derecho de hipoteca para el aseguramiento de un crédito distinto del inicialmente asegurado es la característica definitiva para la flexibilidad de un derecho de hipoteca, especialmente porque puede ser conservado el rango. Junto a la cuestión de la seguridad, en la

práctica resulta igualmente decisivo el problema de los costes. Cuando el cambio del crédito (garantizado) puede tener lugar sin intervención del Notario o del Registrador pueden economizarse los costes.

El Derecho alemán ofrece a través de la deuda territorial (*Grundschuld*) un derecho de hipoteca flexible. A través del correspondiente contrato de aseguramiento se posibilita el cambio de la prestación.

Distinta es la situación de la hipoteca en el Derecho francés, que viene caracterizada por la estricta accesoriedad, lo que repercute también en la posibilidad de variación del crédito. Sin embargo, es posible a través de «novation avec maintien exprès des suretés» utilizar la hipoteca para garantizar un nuevo crédito. Sin embargo, esto sólo es posible si a través del nuevo crédito se satisface el anterior. Y, además, el nuevo crédito sólo es garantizado en la cuantía que tuviese el antiguo en el momento de la novación. La posibilidad de cambio del crédito es por ello muy limitada. Si simultáneamente se produce un cambio del acreedor, puede igualmente pactarse una subrogación en la hipoteca. El principio de accesoriedad determina que aunque la hipoteca asegure sólo el nuevo crédito, depende, sin embargo, de ambas prestaciones. Ello lleva a que esta técnica hoy en día no sea prácticamente utilizada.

Igualmente el Derecho español conoce solamente una hipoteca fuertemente accesorial. Para garantizar un nuevo crédito distinto del primitivo debe constituirse una nueva hipoteca, con el nuevo rango y los consiguientes costes.

2) *Acumulación de créditos*

La posibilidad admitida por el Derecho alemán de que se acumulen créditos sin más, es decir, la suma de un crédito posterior a la garantía de la hipoteca, plantea el problema de que, bajo determinadas circunstancias, puede perjudicarse la posición jurídica de los acreedores posteriores.

Debido al carácter accesorio de la hipoteca francesa, un nuevo crédito no puede ser garantizado con una hipoteca constituida para garantizar otro crédito, aunque éste continúe siendo garantizado. Cuando desde un principio se prevé que podrá solicitarse un nuevo crédito, puede pactarse una apertura de crédito y garantizarlo con una hipoteca convencional. Resulta así una especie de hipoteca de contrato máximo, lo que en la práctica es frecuente. Si este aumento del crédito, sin embargo, no se previó desde el principio, el aseguramiento de nuevos créditos requiere la constitución de una nueva hipoteca.

En el Derecho español la hipoteca de máximo regulada legalmente otorga un cierto margen de maniobra en este punto.

3) *Nueva prestación*

Igualmente, en el supuesto de extinción del crédito garantizado inicialmente puede ser utilizada la primitiva deuda territorial para asegurar nuevos créditos, que son independientes de la extinción del primero garantizado. Por ello, casi siempre, en los contratos de aseguramiento suele pactarse que la deuda territorial pueda servir para el aseguramiento de créditos que puedan concederse en el futuro.

Sin embargo, la extinción del crédito garantizado determina el fin de la hipoteca en el Derecho francés y español. No existe una hipoteca de propietario. De ahí que el aseguramiento de nuevos créditos sólo es posible a través de la constitución de una nueva hipoteca.

4) *Consolidación*

En el Derecho alemán es posible la transmisión de una deuda territorial para el aseguramiento de nuevos créditos del adquirente de la deuda territorial. Si la deuda territorial está incorporada a un título, ello es posible sin necesidad de inscripción en el libro registral. La práctica, sin embargo, no renuncia a la intervención de un Notario cuando el adquirente deba conservar la posibilidad de transmitir la hipoteca nuevamente con mantenimiento del principio de fe pública (art. 1.155 BGB). Sin embargo, en este supuesto los costes son más baratos que en una nueva constitución de un derecho de hipoteca. Además, el rango permanece inalterado.

En el Derecho francés existen diversas variantes para utilizar una hipoteca previamente existente en el supuesto de conversión de un crédito. Si se trata del mismo acreedor, ello es posible a través de documento privado. Si la conversión del crédito se realiza con un nuevo acreedor, en la práctica se utilizan las técnicas de «novation par changement de créancier et de dette» y «paiement avec subrogation». Pues el nuevo acreedor se subrogaría en la posición jurídica del acreedor previo en la situación que tuviese en el momento de la conversión, incluidas las condiciones del correspondiente préstamo. Por ello, en la práctica, la conversión del crédito se asegura a través de la constitución de una nueva hipoteca. Además, los costes de registración de una modificación del acreedor vienen a ser los mismos que los de constitución de una nueva hipoteca.

Lo mismo sucede en el Derecho español, donde casi siempre la práctica elige la constitución de una nueva hipoteca dado que la subrogación lleva consigo el riesgo de eventuales excepciones y, además, no existe una ventaja en cuanto a los costes. De ahí que no sea frecuente en España la conversión del crédito.

5) *Aseguramiento de una línea de crédito*

A través del correspondiente contrato se puede constituir una deuda territorial para garantizar una línea de crédito.

En la práctica francesa se utiliza para ello la técnica de «ouverture de crédit». En España existe la posibilidad de la hipoteca de máximo. Tanto en el Derecho francés como en el español deben observarse las características de los principios de accesoriedad y especialidad que determinan, a diferencia de la hipoteca en garantía de un contrato máximo del Derecho alemán, que no puedan introducirse nuevas prestaciones ni nuevos acreedores. De ahí que estas formas de hipotecas no puedan considerarse como hipotecas de contrato de máximo.

6) *Financiación por tramos*

Dado que el interés de la deuda territorial y el interés del préstamo pueden ser establecidos con independencia (con excepción de los supuestos de sobreaseguramiento), la deuda territorial puede ser utilizada para asegurar una financiación por tramos (esto significa que se concede un crédito a largo plazo, por ejemplo, treinta años, pero se determina el interés solamente para un período más corto, por ejemplo, cinco años. Después de estos cinco años se fija por contrato de nuevo el tipo de interés o el deudor ha de pagar toda la deuda). Dada su no accesoriedad, es indiferente si el nuevo tramo corresponde a un nuevo crédito u obedece sólo a una modificación del interés.

El aseguramiento de un contrato de interés ajustable a través de un derecho de garantía real inmobiliaria es posible en Francia. Sin embargo, el Derecho francés no admite una financiación por tramos a través de un interés ajustable unilateralmente dado que dicho Derecho no admite la fijación unilateral de las condiciones. Si se cierra un contrato de préstamo variable, resulta aplicable la «Loi Scrivener II». Podría admitirse un préstamo de interés variable, asegurado con hipoteca, mediante la inscripción del límite máximo de los intereses. El ajuste de las condiciones resulta igualmente problemático en España. Aquí también se ofrece la posibilidad del préstamo variable. Para el aseguramiento de los intereses variables se podría constituir una hipoteca de máximo.

7) *Aseguramiento de un crédito consorcial*

Los créditos consorciales pueden asegurarse a través de una deuda territorial de seguridad, tanto a través de una incorporada a un título como

de una inscrita en el Registro a favor del Director del Consorcio (y éste ha de conservarla para sus consortes «fielmente»). Para los Bancos alemanes surge, sin embargo, un problema especial dado que tienen que «adquirir» la parte de la deuda territorial que a ellos les corresponde. En la deuda territorial incorporada a un título ello es posible sin necesidad de crear títulos parciales. Por contra, la situación jurídica no está totalmente clara en la deuda territorial inscrita en el Registro, de tal forma que los Bancos hipotecarios alemanes, incluso hoy en día, exigen la cesión de partes de la hipoteca.

En el Derecho francés una hipoteca sólo puede constituirse para asegurar un crédito consorcial cuando los acreedores son acreedores conjuntos. Para estos supuestos, sin embargo, existen especialidades que simplifican la inscripción a través de la utilización de un *bordereau* conjunto. Igualmente, en el Derecho español debe existir una comunidad de acreedores. Sin embargo, existen dudas acerca del tratamiento jurídico de un aseguramiento de este tipo.

8) *Financiación intermedia*

La deuda territorial de seguridad ofrece la posibilidad (tanto la registrada como la incorporada a un título) de asegurar tanto la financiación intermedia como la final. En el Derecho francés existe una solución al menos parcial para la financiación intermedia mediante la utilización de «*paiement avec subrogation*» y la utilización de un *bordereau* conjunto. En España puede igualmente utilizarse la subrogación.

9) *Aseguramiento de prestaciones accesorias*

A través de una deuda territorial de seguridad pueden asegurarse más prestaciones accesorias que con la hipoteca ordinaria.

El Derecho francés igualmente ofrece la posibilidad de pactar prestaciones accesorias y garantizarlas a través de su mención expresa. En el Derecho español los intereses pueden ser garantizados por un máximo de tres años.

10) *Crédito global*

En la práctica alemana la deuda territorial se constituye tanto para garantizar créditos al constructor como al adquirente. Para los primeros ofrece importantes ventajas, principalmente la posibilidad de garantizar un

crédito ajustado al contrato. La transmisión de una deuda territorial global, o una parte de ella, a favor del financiador del adquirente no suele ser habitual, sino que normalmente se constituye una nueva hipoteca.

En Francia al adquirirse un inmueble una vez constituida la hipoteca, puede dividirse el crédito del promotor y ser transmitido al adquirente. Para posibilitar esta operación se introdujo a través del artículo 1.279.2 del Código Civil una norma especial, con arreglo a la cual la hipoteca (en contra del principio de accesoriedad) debe mantener su posición jurídica a pesar de la novación. En España, igualmente es posible que el crédito al promotor garantizado con hipoteca pueda transmitirse a través de la subrogación.

11) *Reserva de una posición de rango ventajosa*

A través de la existencia de una hipoteca de propietario, el Derecho alemán ofrece al propietario la posibilidad de asegurar (reservar) un rango y utilizarlo para garantizar créditos posteriores.

Dado que los Derechos francés y español no conocen en la actualidad una hipoteca de propietario, no exista dicha posibilidad. Debe, pues, acudirse a la correspondiente extinción y constitución de una nueva hipoteca para garantizar los futuros créditos sin mantenimiento del rango. La posibilidad española de reserva de rango recuerda, sin embargo, a la hipoteca de propietario. Sin embargo, en ambos Ordenamientos jurídicos se exige la determinación del acreedor y de determinadas circunstancias.

12) *Ocultación de la persona del acreedor*

Una deuda territorial incorporada a un título puede ser constituida a favor del propietario y transmitirse posteriormente con independencia del Registro. A través de ello los acreedores pueden permanecer ocultos.

En Francia esto no es posible en relación al primer acreedor hipotecario, sino sólo para los posteriores a través del correspondiente endoso. En parecido sentido se manifiesta el Derecho español cuando una hipoteca se constituye para garantizar derechos incorporados a títulos.

13) *Hipoteca en divisas extranjeras*

En los tres Ordenamientos no es posible la constitución directa de un derecho de hipoteca en divisas extranjeras. Sin embargo, la práctica ha encontrado determinadas posibilidades. Así, por ejemplo, en el Derecho

alemán la deuda territorial de seguridad puede utilizarse a través de la correspondiente constitución de un contrato de aseguramiento para la seguridad de créditos en divisas extranjeras.

E igualmente en los Derechos francés y español se desarrollaron diversas técnicas para poder garantizar hipotecariamente créditos en divisas extranjeras. Sin embargo, en determinados supuestos surge el problema en la fijación de período de tiempo para determinar la relación de cambio de las divisas.

14) *Ejecución*

El Derecho alemán ofrece a través de la deuda territorial y de la promesa de la deuda abstracta dos instituciones jurídicas que, a través de su unión, permiten al acreedor el acceso tanto al patrimonio real como al patrimonio personal del deudor. Para ello es especialmente importante la sujeción de una inmediata ejecución.

Con arreglo al Derecho francés todos los documentos notariales tienen fuerza ejecutiva, permitiendo llevar a cabo una ejecución forzosa. El acreedor hipotecario tiene en esencia sólo un título real. Si el inmueble no es suficiente para satisfacer su prestación, puede también dirigirse contra el patrimonio personal del deudor. La subasta ofrece algunas singularidades. Así, por ejemplo, puede admitirse una sobrepuja dentro de los diez días siguientes al remate. Y cuando el rematante no paga, pierde todos sus derechos.

En España el acreedor hipotecario puede utilizar diversos procedimientos de ejecución, entre los cuales, en la práctica, el de mayor importancia es el procedimiento judicial sumario. Debe resaltarse cómo determinados requisitos (el tipo, domicilio) deben de ser ya fijados en el documento de constitución de la hipoteca.

B) *Conclusiones parciales*

Especiales problemas se plantean fundamentalmente allí donde sólo existen derechos de hipoteca accesorios. La deuda territorial de seguridad no es accesoria y, por ello, ofrece mayores posibilidades. Sin embargo, también en la práctica francesa y española se obtiene una determinada flexibilidad; así, por ejemplo, a través de la subrogación. Son, sin embargo, complicadas y obligan al nuevo acreedor a aceptar las condiciones del primitivo contrato. Incluso no pueden utilizarse si el crédito garantizado originariamente ha sido ya satisfecho. Porque la extinción de la prestación garantizada conlleva la de la hipoteca, dado que no existe ninguna hipoteca de propietario. Incluso ya

en el momento de la constitución surgen problemas. Debe de atenderse especialmente a la fijación del plazo en que debe satisfacerse el crédito e, incluso, el valor de dicho crédito, fundamentalmente en el supuesto de financiación de un negocio de adquisición de un inmueble. Pues la hipoteca sólo surge con el surgimiento del crédito garantizado, mientras en el Derecho alemán el derecho de hipoteca puede constituirse con anterioridad. Por ello sólo muy limitadamente puede obtenerse el mantenimiento oculto del acreedor o la reserva de un rango preferente. Tan perjudicial como la estricta accesoriedad de la hipoteca resulta en Francia la inexistencia de un Registro con principio de fe pública registral. Por contra, el Registro de la Propiedad español cumple respecto de la hipoteca un fin análogo al del Registro alemán en relación a la seguridad jurídica dado que conlleva el principio positivo de la fe pública. Incluso se obtiene una fuerte seguridad jurídica al ser en la hipoteca española la inscripción constitutiva, lo que no sucede con el Derecho francés. Sin embargo, la inscripción tiene un cierto carácter protector para terceros, que en la práctica actúa como una exigencia de inscripción. La inexistencia de un derecho incorporado a un título dificulta y eleva los costes de la transmisión de la hipoteca en Francia y en España. Esas consecuencias negativas las tiene también la utilización de una deuda territorial tabular. En los tres Ordenamientos jurídicos se han desarrollado técnicas que permiten el aseguramiento a través de una hipoteca de un crédito en divisas extranjeras. La subasta como consecuencia de la ejecución forzosa está regulada muy detalladamente. El Derecho francés ofrece incluso en este punto algunas ventajas. Teóricamente existen posibilidades para financiación de créditos consorciales y financiaciones intermedias, sin embargo, con un alcance limitado.

En aquellos Ordenamientos que sólo conocen derechos de hipoteca accesorios no es posible la formulación y tratamiento diferenciado del contrato personal y el documento de constitución de la hipoteca. Ello lleva a una limitación en las posibilidades de utilización. Por ello se intenta conseguir una movilidad del contrato personal mediante la creación de un contrato de apertura de crédito, de tal forma que el aseguramiento a través de la hipoteca se produce en relación a un crédito futuro aún no determinado. Sin embargo, esto se consigue sólo en el ámbito del cambio del crédito con un instituto de crédito y de una línea de crédito con mayor flexibilidad, pero no en los supuestos de transmisión de los derechos de hipoteca y de la constitución a favor de varios acreedores. A través de esta construcción, que se consigue mediante la creación de una especie de hipoteca de contrato máximo, en la que la unión entre el crédito y el derecho real de hipoteca queda más debilitada, la práctica francesa demuestra la necesidad de este debilitamiento. Pero también estos esfuerzos del legislador francés para conseguir una mayor movilidad del crédito, especialmente en la transmisión de los créditos garantizados con hipoteca, demuestran

cómo, en general, se considera necesario obtener una mayor movilidad en el ámbito del derecho de hipoteca. La vía mejor para conseguirlo es a través de un derecho de hipoteca no accesorio.

De todo ello resulta que la utilización de derechos de hipoteca accesorios resultan entorpecedores y caros en el campo de la práctica del crédito. Estos derechos de hipoteca accesorios son insuficientes hoy en día, tanto para el deudor como para el acreedor, dado que los intereses de ambos coinciden en la búsqueda de derechos de hipoteca más flexibles y menos costosos.

2. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

También en otros Ordenamientos jurídicos se han desarrollado fórmulas que llevan a la necesidad de constitución de hipotecas no accesorias. En parte son ya derecho positivo, en parte simplemente práctica del mercado del crédito.

A) Países Bajos

En los Países Bajos existen dos fórmulas de hipotecas: La llamada hipoteca fija y la llamada hipoteca bancaria. La primera asegura un determinado crédito. En el contrato de constitución de la hipoteca se fijan ya las condiciones del crédito, el interés y el plan de reembolso. Si el crédito es satisfecho, se extingue la hipoteca, incluso aunque la inscripción no haya sido cancelada. En la práctica este tipo de hipoteca sólo se utiliza cuando el crédito se garantiza además con una fianza pública comunal, pues en estos supuestos está preceptuada la constitución de una hipoteca fija.

La hipoteca bancaria, que es la normal en el mercado del crédito, asegura todos los créditos recíprocos y futuros del acreedor, por ejemplo, como consecuencia de una determinada relación bancaria, garantizando la responsabilidad hasta un límite máximo. Esta hipoteca puede ser inscrita aún antes de que exista el crédito y surge en el momento del nacimiento del crédito, pero con mantenimiento del rango originario. Si se satisfacen todos los créditos garantizados, se extingue la hipoteca. No existe una hipoteca de propietario. El deudor hipotecario tiene entonces derecho a una cancelación de la inscripción de la hipoteca para corregir el Registro. A través de la constitución de una hipoteca bancaria puede obtenerse como resultado (desde un punto de vista de la línea de crédito) efectos que se asemejan a una hipoteca de contrato máximo, y desde un punto de vista comercial incluso recuerdan a una deuda territorial. El hecho de que el mercado del crédito

de los Países Bajos se dirija casi exclusivamente a este tipo de hipoteca demuestra nuevamente la necesidad de introducir un derecho de hipoteca flexible.

B) Dinamarca

En el Derecho danés una hipoteca se compone de un reconocimiento escrito de deuda, conectado en el documento con un aseguramiento a través de un inmueble o de bienes muebles. Ello, sin embargo, no significa que exista una unión entre el reconocimiento de deuda abstracto y el derecho de hipoteca. Podría plantearse la cuestión acerca de la esencia del derecho de hipoteca, es decir, si se trata de un derecho de pago ejecutable sólo en relación al inmueble o concede únicamente un derecho de realización. O se quiere con ello aludir al contrato personal. Pues con arreglo al Derecho danés es posible, y frecuente, recoger el crédito personal asegurado en un título de hipoteca, de tal forma que se concede también un título sobre el patrimonio personal del constituyente de la hipoteca cuando se acepta en el documento su sujeción en el caso de ejecución forzosa. Antes de que se permitiese a los Bancos hipotecarios daneses la financiación de una parte importante de los inmuebles, se constituía este tipo de títulos de hipoteca para el aseguramiento del precio de compra y se negociaban a través de su venta o su pignoración. Hoy en día estos títulos de hipoteca sirven como títulos hábiles para su negociación.

El Derecho danés conoce como forma de hipotecas sobre todo la *pan-tebrev* y la *ejerpantebrev*.

La *pan-tebrev* constituye una hipoteca fuertemente accesoria incorporada a un título, que se constituye por el propietario en garantía de un determinado crédito, a través de la firma del formulario que le presenta el Banco. En este documento se contienen también las condiciones del contrato de préstamo, de tal forma que no existe un documento diferenciado que recoja el contrato de préstamo. A través de este contrato surge la hipoteca, y para su eficacia frente a terceros y para la obtención del rango se inscribe en el Registro de la Propiedad. La importancia práctica de este tipo de hipoteca en Dinamarca es enorme. Los Bancos hipotecarios daneses, que en el año 1990 concedieron el 80,2 por 100 de los nuevos préstamos hipotecarios, sólo pueden utilizar como forma de hipoteca ésta.

Los Bancos comerciales operan, sin embargo, principalmente con la *ejerpantebrev*. Esta puede ser contemplada como una hipoteca de propietario sin prestación dado que el propietario la constituye para sí mismo y la pignora a favor del Banco a través del correspondiente consentimiento y transmisión del título. El Banco no obtiene el derecho pleno sobre ella, sino

un derecho de prenda sobre ese *ejerpantebrev*. El Banco, tras la extinción del crédito, devuelve el título al propietario, que lo puede utilizar para garantizar un nuevo crédito. Con independencia de este documento se cierra el contrato de crédito. En éste, o en otro formulario especial, se acuerda la finalidad del aseguramiento, así, por ejemplo, la pignoración del *ejerpantebrev* para el aseguramiento de todos los créditos existentes o futuros del Banco en relación al deudor o también las futuras relaciones comerciales. La *ejerpantebrev* no está limitada a los inmuebles, sino que puede ser constituida también sobre bienes muebles. La venta forzosa en el *ejerpantebrev* no plantea problemas si el deudor reconoce su deuda. Si no lo hace, tiene que obtenerse el correspondiente título a través de un juicio ordinario contra el propietario. Si el *ejerpantebrev* se pignora posteriormente («con rango posterior») a favor de otro acreedor, el propietario debe comunicarlo al primer acreedor.

Una variante del *ejerpantebrev* es el *skadesloesbrev*, que no permite una posterior pignoración.

El hecho de que los Bancos hipotecarios daneses no estén autorizados para utilizar el *ejerpantebrev* no se debe a razones de seguridad del derecho de hipoteca, sino fundamentalmente a la costumbre. Sin embargo, la constitución de un *pantebrev* para el aseguramiento de la financiación de la adquisición de un inmueble, o de su construcción, genera un impuesto del 1,5 por 100 del importe de la hipoteca, mientras que la utilización de un *ejerpantebrev* determina la existencia de un impuesto de un 4 por 100, salvo en determinados supuestos. Sin embargo, hasta el año 1986 tanto la constitución de un *pantebrev* como de un *ejerpantebrev* generaba un impuesto del 1,5 por 100. Ello fue modificado para hacer más difícil la obtención de nuevos créditos a los propietarios fuertemente endeudados.

El Derecho danés permite aún otro tipo de hipoteca, la *hoestpantebrev*. Sin embargo, sólo puede ser utilizada para el aseguramiento de una financiación de inmuebles rústicos (o para la siembra) y sirve sólo por una duración de un año. Sin embargo, tiene absoluto rango preferente, incluso frente a derechos de hipoteca constituidos con anterioridad.

Como conclusión puede afirmarse que la *ejerpantebrev* danesa, a través de su naturaleza de derecho carturar y la posibilidad de pignoración en conexión con otro contrato que determina el fin del aseguramiento, ofrece una mayor flexibilidad que el *pantebrev*.

C) Inglaterra

La esencia de una *mortgage on land* según el Derecho inglés está en la transmisión al acreedor de un *legal interest* o de un *equitable interest* sobre

el inmueble, de tal forma que la devolución pueda ser exigida cuando la obligación del deudor se haya cumplido. A través de los artículos 85 y siguientes de la «Law of Property Act» se estableció en el año 1985 que la propiedad del constituyente de la hipoteca no se transmitía, mientras que hasta entonces la hipoteca se entendía precisamente como la transmisión de esta posición jurídica del propietario.

La *mortgage* se constituye contractualmente. El contenido del contrato pertenece a la autonomía de los contratantes. Su constitución puede ser similar tanto a una hipoteca como a una deuda territorial. Esto, sin embargo, no significa que una *mortgage* pueda surgir con independencia del crédito que ha de asegurar. Por el contrario, la *mortgage* presupone la existencia de un crédito previo; en su día, en caso de procedimiento habrá que probarlo. La *mortgage* puede además aproximarse a una deuda territorial o, en su caso, a una hipoteca de contrato máximo, dado que es posible el acuerdo de que todos los posibles créditos futuros queden asegurados. Se denomina entonces «all moneys charge». Su importe no está predeterminado si no resulta directamente de los créditos que se garantizan. Esta figura como garantía duradera no se extingue ni en el supuesto de reembolso. Por ello es posible asegurar nuevos créditos.

La habitual traducción del concepto de *mortgage* por hipoteca induce a confusión, porque a través de ello se conecta con principio de la accesoriedad. Si se desea utilizar un concepto técnico del Derecho alemán, habría que acudir al de hipoteca de contrato máximo. Es preferible la utilización del concepto original de *mortgage* para significar las diferencias del sistema jurídico inglés o, en todo caso, el concepto genérico del derecho real de garantía inmobiliaria para no tener que definirse acerca de la cuestión del principio de accesoriedad, que en el mundo jurídico inglés no se plantea.

3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TRANSFRONTERIZO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En la práctica, hasta nuestros días, los Bancos alemanes en el supuesto de crédito hipotecario transfronterizo someten el contrato de préstamo al Derecho alemán. A continuación se examinará si ello es posible en el supuesto del «privilège du preteur de deniers», que los Notarios franceses traen a colación como garantía del crédito en el supuesto de financiación en el precio de compra.

Este privilegio surge con arreglo al artículo 2.103.2 del Código Civil francés sólo cuando el contrato de préstamo prevé que la suma prestada será utilizada para la adquisición del inmueble específico y a través de un recibo del vendedor se determina que el pago se hará con el préstamo.

Dado que el contrato de préstamo debe contener una previsión de creación del derecho real, es dudoso que en el supuesto de crédito hipotecario transfronterizo sea posible, o incluso adecuado, una separación del estatuto personal y el estatuto real.

a) La pregunta sería si en una hipoteca es posible una separación del estatuto real (es decir, el derecho aplicable a la garantía real) y el estatuto del crédito (es decir, el derecho aplicable a la prestación garantizada).

Derecho internacional privado alemán: Con arreglo al principio de *Lex rei sitae* es aplicable el Derecho del lugar de situación. Con arreglo al artículo 27.1 BGB, un contrato de préstamo se somete al Derecho elegido por los contratantes. Esto es, en esencia, también válido para un crédito que es asegurado con un derecho de hipoteca. Así se reconoce la posibilidad de una divergencia entre el estatuto personal (de la prestación) y el estatuto real. Los contratantes pueden pactar que el estatuto real se aplique también a la prestación asegurada. Es opinión común que esa es la voluntad presumible de las partes si se trata de uno de los llamados típicos créditos reales, que se conceden «sobre un inmueble» y para cuya concesión resulta definitivo la estimación y el valor del inmueble. El artículo 28.3 BGB establece hoy en día una presunción legal en este sentido. Con arreglo al artículo 29.1 BGB, esta elección del derecho aplicable no puede, sin embargo, conducir a que el consumidor pierda protección a través de esta obligada elección del derecho de otro Estado.

Derecho internacional privado francés: También en el Derecho francés el estatuto personal y el estatuto real resultan separados. La norma de la *Lex rei sitae* para los inmuebles viene recogida en el artículo 3.2 del Código Civil. El Derecho francés resulta aplicable en la constitución de una hipoteca sobre un inmueble sito en Francia. El estatuto del crédito personal se somete en esencia a la autonomía de las partes. Si no se produce la elección de un determinado Ordenamiento jurídico, se presume que la voluntad de las partes es someterse al estatuto real igualmente para la prestación personal. La doctrina francesa estima (al menos la primitiva) que a la constitución de la hipoteca le resulta también aplicable la autonomía de la voluntad dada su naturaleza contractual. No obstante, se señala que en la práctica la elección del Derecho alemán para la constitución de una hipoteca sobre un inmueble sito en Francia carece de sentido, pues no podría llevarse a cabo la inscripción de la hipoteca. La inexistencia del principio de abstracción en el Derecho francés no se opone a la divergencia entre el estatuto personal y el estatuto real. Pues el principio de abstracción hace referencia a la dependencia del contrato real en relación al contrato personal previamente existente. La constitución de una hipoteca, sin embargo, no está subordinada al crédito de carácter personal. Por el contrario, la prestación y la hipoteca están unidas en el mismo plano.

El EVU: El Acuerdo Europeo de Roma acerca de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, EVU) de 19 de junio de 1980, ha entrado en vigor el 1 de abril de 1991. La necesaria ratificación exigida por el artículo 29 de dicho acuerdo ha tenido ya lugar. Pronto se produjo la ratificación de Bélgica (31-7-1987), Dinamarca (7-1-1986), Francia (10-11-1983), Italia (25-6-1985), Luxemburgo (1-10-1986) y la República Federal Alemana (8-1-1987). La hace tiempo anunciada ratificación del Reino Unido se produjo el 29 de enero de 1991, y con ello la necesaria ratificación de siete Estados miembros. Así se produjo la entrada en vigor para los Estados que previamente lo habían ratificado, con arreglo al artículo 29.1 del Acuerdo. Con ello el Acuerdo se ha convertido en plenamente aplicable. En tanto no se modifiquen las disposiciones nacionales necesarias, las disposiciones del acuerdo tienen la consideración de Derecho nacional del correspondiente país. En Francia las disposiciones del Acuerdo tienen con su entrada en vigor la consideración de Derecho internacional. Para el Derecho alemán debe observarse cómo las disposiciones del acuerdo fueran ya asumidas a través de la reforma del Derecho internacional privado alemán en los artículos 27 y siguientes BGB, de tal forma que la fuerza vinculante de las disposiciones del acuerdo ya había sido adoptada con anterioridad. Lo mismo puede predicarse de Bélgica, Dinamarca y Luxemburgo. El artículo 3.1 del Acuerdo establece el principio de la libre elección del Ordenamiento jurídico. En relación a los derechos de garantía real se establece la presunción del sometimiento a la *Lex rei sitae*, artículo 4.3 del Acuerdo, pero el contrato de préstamo, que va a ser garantizado con hipoteca, puede someterse al estatuto personal.

De esta forma el estatuto personal y el estatuto real (tanto con arreglo al Derecho internacional privado alemán como francés) pueden ser distintos.

b) El principio de la *Lex rei sitae* determina que el nacimiento de un derecho real se regirá por el Derecho correspondiente al lugar de situación del bien. Si el contrato de préstamo se cerrase con arreglo al Derecho alemán, ello significaría que las disposiciones obligatorias del «*privilège du preteur de deniers*» se regirían por el Derecho alemán. Dado que se trataría del nacimiento del *privilège* como carga sobre un inmueble francés, con arreglo a la *Lex Rei sitae*, sería aplicable el Derecho francés.

La opinión mayoritaria de la doctrina francesa estima que un *privilège* sólo puede surgir en esencia cuando sea posible, tanto con arreglo al estatuto real como al estatuto personal, y de ahí que se distinga entre *privilèges généraux* y *privilèges spéciaux*. Se propone una excepción para los Derechos de rango preferente, como, por ejemplo, el privilegio especial de salarios previsto en el artículo 2.104.2 del Código Civil.

Una opinión minoritaria se manifiesta a favor de una posición prevalente de la *Lex rei sitae*. Con arreglo a ella, estos privilegios surgen también

en relación a créditos a los que el Derecho francés reconoce el carácter privilegiado, incluso cuando el estatuto personal aplicable al crédito no les reconoce dicho carácter privilegiado. Con arreglo a esta opinión el estatuto personal regulará el crédito, mientras que la *Lex rei sitae*, por el contrario, la garantía, y ésta última determinará si el crédito estará o no privilegiado. Es de observar, sin embargo, que esta discusión sólo afecta al supuesto en que la garantía regulada con arreglo a la *Lex rei sitae* sea desconocida para el estatuto personal o negada por éste. Es unánime, sin embargo, la opinión de que la garantía real no puede ser reconocida si con arreglo a la regla *Lex rei sitae* no es admisible.

Debe aceptarse la opinión mayoritaria. Pues el privilegio surge precisamente como consecuencia de un determinado crédito. Consecuencia de ello es que la constitución o el surgimiento del privilegio debe regirse también por el estatuto personal. Además, no puede ser desconocido el carácter accesorio de los privilegios. Por ello el crédito es determinante. Debe rechazarse su caracterización como privilegiado a través de la *Lex rei sitae*, aun admitiendo que la aplicación del principio de orden público puede en determinados supuestos conducir a la prevalencia del estatuto real frente al estatuto personal. Dado que esencialmente todos los acreedores deben ser tratados de la misma forma, un privilegio sólo puede surgir cuando sea admisible tanto por el estatuto personal como por el estatuto real. Consecuencia de ello es que el nacimiento del privilegio se someterá al derecho más restrictivo, de tal forma que el privilegio no podrá ser reconocido cuando no sea admitido por el estatuto real o el estatuto personal.

La consecuencia de ello es que un derecho de crédito, sometido al Derecho alemán, no puede ser garantizado con un *privilège du preteur de deniers* al no reconocer el Derecho alemán esta institución; distinto sería que el contrato de préstamo se someta al Derecho francés, por ejemplo, por pactarse así expresamente.

c) Precisamente esto podría ofrecer un inicio para la solución del problema. Pues con arreglo al artículo 3.1 del Acuerdo (EVU) las partes de un contrato de crédito pueden elegir el derecho aplicable a todo el contrato o sólo a una parte de él; en igual sentido el artículo 27.1 BGB y las disposiciones de Derecho francés. Es opinión unánime que la posibilidad de división del estatuto aplicable a un contrato de crédito no puede ser entendido en el sentido de que las obligaciones de los contratantes queden sometidas a distintos Ordenamientos jurídicos; así, por ejemplo, que determinadas cláusulas del contrato, como la posibilidad de notificación, se sometan para el deudor a un Ordenamiento jurídico y para el acreedor a otro. A mayor abundamiento, la división del derecho aplicable no puede conducir a soluciones injustas, sino, por el contrario, equitativas. Esta exigencia estaría aquí cumplida si el contrato de crédito se sometiese en esencia al

Derecho alemán, pero, sin embargo, la constitución de un *privilège du preteur de deniers*, por el contrario, al Derecho francés.

A estos fines resulta problemático, sin embargo, cómo podría dividirse el contrato de crédito. Es dudoso que pueda ser elegida la finalidad específica del préstamo como «regla» que atraiga el Derecho francés. Pues no es seguro que la regulación jurídica francesa de ese fin específico pudiese ser contemplada como suficiente para poder atraer consigo la constitución de un «*privilège du preteur de deniers*». Mas seguro parecería que la auténtica prestación consistente en la devolución del préstamo (capital, intereses, etc.) que se contiene en el contrato de préstamo sea la que fundamente la aparición del *privilège* con arreglo al Derecho francés. Para esa «promesa de deuda» (que no debe confundirse con la promesa de deuda abstracta que no es conocida en el Derecho francés hasta hoy) podría pactarse el Derecho francés. Surge, sin embargo, la cuestión de determinar qué Ordenamiento debería regular la nulidad, la anulabilidad, etc. Se hace necesario por ello una regulación clara y expresa de estas cuestiones.

El resultado de una elección parcial del Ordenamiento sería en ambos supuestos admisible dado que los contratantes, a través de la posibilidad de utilización del Derecho francés, garantizarían un crédito en condiciones menos costosas y de mejor rango. Un resultado contrario debe excluirse, dado que todas las preguntas en relación al *privilège*, fundamentalmente las referentes a su nacimiento, se rigen por el Derecho francés. Podría establecerse en una cláusula especial la finalidad específica del crédito o la «promesa de deuda», que se sometería al Derecho francés.

d) Mayores dificultades plantean los supuestos en que la elección parcial del Ordenamiento jurídico no resulta con claridad. Con arreglo al artículo 3.1 del Acuerdo (EVU), es también suficiente cuando la elección del Ordenamiento jurídico resulta con claridad de las condiciones del contrato o de las circunstancias del caso. Si los contratantes pactan en el contrato de préstamo que los derechos del acreedor deban ser garantizados con un *privilège* y si rellenan para ello todas las condiciones necesarias delante del Notario francés, entonces demuestran con claridad que desean hacer todo lo necesario para que surja un *privilège*. Por tanto, de las circunstancias del caso se deriva que desean constituir el contrato de préstamo con arreglo al Derecho francés en todo lo que sea necesario para que surja el *privilège*.

A la misma conclusión se podría llegar en los supuestos en que se deduzca claramente del contrato de préstamo el sometimiento al Derecho alemán. Pues con arreglo al artículo 27.2 del BGB y artículo 3.2 del Acuerdo (EVU), la elección de un Ordenamiento jurídico puede ser modificada con posterioridad. Dado que esta norma no contiene ninguna restricción, debe ser igualmente aplicable a la elección parcial del Ordenamiento jurídico.

e) Habrá que esperar para observar si la práctica internacional del crédito sigue este difícil camino del *depeçage*. Lo cierto es que esta cuestión ha sido poco estudiada en la doctrina y no existe jurisprudencia. Por razones de seguridad, los Bancos hipotecarios alemanes constituyen una hipoteca convencional cuando el contrato de préstamo queda sometido al Derecho alemán o, por el contrario, someten también el contrato de préstamo al Derecho francés. Este ejemplo demuestra que los problemas de Derecho internacional privado en el campo del crédito hipotecario transfronterizo precisan aún de un estudio profundo. Los Bancos alemanes deben operar con precaución en el supuesto de derechos reales de garantía inmobiliaria desconocidos por el Derecho alemán.

4. ¿SOLUCIÓN CON LAS NORMAS DE COLISIÓN, UN ESTATUTO REAL PARA HECHOS NACIONALES O TRANSNACIONALES?

Las anteriores consideraciones demuestran que el derecho de hipoteca no está desarrollado de forma idéntica en los distintos Ordenamientos jurídicos. Aunque determinadas características y detalles son regulados de forma parcialmente idéntica, sin embargo prevalecen las diferencias, fundamentalmente debido a la inclusión del derecho de hipoteca en el correspondiente Ordenamiento jurídico de Derecho privado. Igualmente, ha quedado claro que la existencia de un derecho real de garantía no accesorio ofrece mayores posibilidades en su utilización. Por ello, en las próximas líneas se expone cómo podría ser posible que un instituto de crédito pudiese acudir a derechos reales inmobiliarios no accesorios en cualquier Estado miembro de la Comunidad Europea.

a) No pueden tomarse en consideración las normas de colisión para hacer posible un derecho real de garantía flexible como instrumento de seguridad. Como antes se puso de relieve, las normas de colisión ofrecen, sin embargo, la posibilidad de elección del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto no rige en el campo de los derechos reales inmobiliarios. En ese ámbito predomina esencialmente en los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el principio de la *Lex rei sitae*. Un Banco hipotecario alemán por ello no puede elegir si constituye sobre un inmueble sito en Francia una hipoteca convencional o una deuda territorial. Sólo puede utilizar las instituciones jurídicas del Derecho francés. Debido a esa dependencia del crédito hipotecario del Ordenamiento jurídico correspondiente al lugar de situación del inmueble, no parece posible solucionar el problema a través de las normas de colisión.

b) Sería pensable sin embargo la creación de un derecho real especial para el crédito hipotecario transfronterizo, es decir, «un Derecho internacio-

nal unitario para las relaciones transnacionales». En esencia se trataría de la creación de un nuevo derecho de garantía inmobiliario (no accesorio), que sólo pudiese utilizarse cuando la relación afectase por lo menos a dos Ordenamientos jurídicos; así, por ejemplo, en el supuesto de crédito hipotecario transfronterizo.

Sin embargo, esta nueva regulación del derecho de hipoteca no debería limitarse al supuesto de crédito hipotecario transfronterizo. Pues la práctica del crédito tiende cada vez más a la cooperación y participación en el crédito hipotecario. A favor de esta cooperación aboga el hecho de que normalmente un Banco del propio país conoce mejor que un Banco extranjero las relaciones jurídicas y de hecho de su propio territorio, especialmente las relevantes para el mercado. A través de ello se disminuyen los riesgos. Además, en estos supuestos puede utilizarse también alguna red de filiales de los partícipes en la cooperación. La cooperación puede adoptar diversas fórmulas. Puede así limitarse a suministrarse recíprocamente clientes que deseen adquirir en otro Estado un inmueble y precisen para ello un crédito hipotecario. Frecuentemente, sin embargo, se reclama una mayor cooperación. Así, por ejemplo, un Banco hipotecario alemán puede servir como Banco refinanciador para un instituto de crédito extranjero para poder ofrecer a los clientes un mejor tipo de interés. Precisamente en este supuesto no se produce un derecho especial para el crédito hipotecario transfronterizo. Pues, por ejemplo, un crédito hipotecario constituido a favor de un Banco francés (garantizado con el consiguiente derecho de garantía inmobiliario), se somete al Derecho francés. El aspecto internacional sólo surge cuando el Banco hipotecario alemán deba exigir al Banco francés la constitución de garantías para poder actuar como refinanciador.

Por otra parte, es fácilmente pensable que en un futuro próximo se desarrollarán asociaciones internacionales para la financiación en las que trabajarán conjuntamente institutos de créditos y otras instituciones, como Cajas de Ahorro o compañías de seguro. La eventual adquisición de participaciones recíprocas constituye una profundización de la cooperación y ofrece además posibilidades de influencia o de control. Aquí también sería necesaria la creación de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio para las relaciones de crédito transfronterizas y para las nuevas figuras que vayan surgiendo.

En conjunto, debe estimarse que no es suficiente para conseguir el mercado único en el ámbito del crédito hipotecario la creación de un derecho especial para el crédito hipotecario transfronterizo.

c) Lo ideal sería que pudiese introducirse en todos los Ordenamientos nacionales un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio. Ello sería posible a través de la creación de «una institución jurídica unitaria para relaciones transfronterizas e interiores». Pues con ello un derecho de garantía

real inmobiliaria de estas características estaría a disposición de todas las relaciones contractuales, nacionales o transfronterizas sin necesidad de distinguir desde el principio si en el futuro habrá algún componente transnacional o no. Queda, no obstante, la cuestión de si un derecho de garantía real inmobiliaria de estas características debe ser creado por cada uno de los Ordenamientos jurídicos por sí mismo o de forma unitaria para todos ellos.

5. UN DERECHO DE GARANTÍA REAL INMOBILIARIA UNITARIO PARA TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que la moderna práctica del crédito necesita un derecho de garantía real inmobiliaria flexible y no accesorio, y que los medios que ofrecen tanto las normas de colisión como un *status* especial para el crédito hipotecario transfronterizo no sirven para ello, de tal forma que el citado derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio debe estar a disposición de todos y con ello posibilitar el mercado único en el ámbito del crédito hipotecario. Podría pensarse en la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria de estas características (no accesorio) allí donde no sea conocido. Sin embargo, sería más lógica la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio unitario para todos los Estados miembros de la Comunidad. A su favor juegan diversas consideraciones:

Si el mismo derecho de garantía real inmobiliaria estuviese a disposición en todos los países, todos los institutos de crédito podrían utilizar el mismo medio de garantía, de tal forma que se perfeccionarían las relaciones jurídicas y aumentaría la seguridad jurídica. Con ello se simplificarían las relaciones y negocios transfronterizos. Los costes serían menores. Se podría evitar con ello imprevistos y problemas derivados del Derecho internacional privado, como el supuesto de *privilège du preteur de deniers*.

La reducción de costes favorecería a los consumidores. Estos también conocerían con certeza las obligaciones que contraen cuando adquieren un inmueble en el extranjero y gravan dicho inmueble en garantía de la adquisición del precio de compra al ser conocidas dichas condiciones en su propio Estado. Con ello se favorecería la transparencia y la protección de los consumidores.

Los consumidores tendrían en todos los lugares las mismas posibilidades de obtener financiación. ¿Por qué han de pagar intereses muy altos en algunos Estados miembros y muy bajos en otros? Desde el punto de vista de la competencia europea debe facilitarse que puedan elegirse los créditos y los institutos de crédito, incluso aquellos de otros Estados miembros, que puedan dar al usuario la seguridad que desea, lo que también puede predi-

carse para la financiación de la construcción y de la adquisición de la vivienda. En todos los Estados de la Comunidad Europea juega un importante papel el derecho de garantía real inmobiliaria en este sector. Pero los consumidores tienen su elección limitada al ser distintos y mucho menos flexibles los diferentes sistemas reguladores de las garantías inmobiliarias. Así, por ejemplo, resultan más complicados y costosos en Francia. Resulta casi imposible utilizar la antigua hipoteca para asegurar un nuevo crédito cuando quiere modificarse el acreedor. La constitución de una nueva hipoteca supone costes elevados y la pérdida del rango.

Principalmente se ofrecería un ámbito mayor a las cooperaciones internacionales y asociaciones de financiadores. La actuación conjunta se facilitaría al basarse en principios al menos parcialmente conocidos. Un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio sería además más fácilmente transmisible, especialmente si estuviese incorporado a un título. Los créditos de los participantes en la cooperación tendrían acceso a una garantía de carácter real. Igualmente, podrían llevarse a cabo transmisiones parciales.

Uno de los objetivos del mercado común es la creación de un mercado único de capitales. Las divergencias de las disposiciones nacionales reguladoras de los derechos de garantía real inmobiliaria impiden la construcción de un mercado de capitales único. La existencia de un derecho de garantía real flexible y unitario, y por ello conocido por todos, se presenta como una exigencia para la construcción de un «mercado europeo de hipotecas» hasta hoy inexistente. Pues el aseguramiento de los títulos de refinanciación que fuesen negociables a lo largo de todo el espacio europeo exige una fundamentación unitaria. Pues los inversores sólo estarían dispuestos a adquirir títulos hipotecarios de refinanciación procedentes de otros países si tienen seguridad en la garantía real que los asegura. Esto es válido para todos los sistemas de refinanciación en el marco del crédito hipotecario: Para el sistema de los Bancos hipotecarios alemanes, en el cual cada Banco hipotecario puede individualmente emitir títulos hipotecarios para obtener los medios financieros necesarios para la concesión de créditos hipotecarios, que pueden estar garantizados hipotecariamente en otros países comunitarios; para el sistema suizo, en el que una central de emisión de títulos asume la emisión de los títulos hipotecarios, y posteriormente puede pignorarlos; para el sistema de *mortgage backed securities*, en el que los créditos hipotecarios son unidos y posteriormente negociados como títulos de refinanciación en los *pools* hipotecarios. Precisamente para la unión del conjunto de hipotecas (*pools*) y para facilitar su posterior financiación, la transmisión de los títulos debe ser simple y no costosa. Los intentos de crear mercados hipotecarios de carácter nacional (por ejemplo, en Inglaterra: *securitisation*; en Francia: *tutrisation*, y en España: *tutulización*) demuestran el interés en las posibilidades de crear sistemas flexibles.

Así, por ejemplo, en la *titrisation* y en la «titulación» se ha dado entrada a una transmisión más simple de los títulos. Si esto es suficiente, se verá en el futuro. Con un derecho de garantía real inmobiliaria flexible y unitario, no sólo sería posible que el mercado de los créditos hipotecarios se extendiese a lo largo de toda Europa, sino también el correspondiente mercado de refinanciación. Hace tiempo ya se observado la importancia de una unificación en el derecho inmobiliario con vistas al mercado único de capitales. Para ello sería muy útil la búsqueda de un derecho de garantía real unitario, flexible y que tuviese las ventajas de la sencillez, la seguridad jurídica y el menor coste.

Incluso aún sin la construcción de un mercado hipotecario unitario europeo no debe olvidarse que los inversores, que también son consumidores en el mercado nacional, desean estar informados de la forma en que están garantizados los títulos de refinanciación (por ejemplo, cédulas hipotecarias) que desean adquirir. Esta información sería más sencilla si el derecho de garantía real fuese conocido por propia experiencia. Desde el 1 de enero de 1991 se ha autorizado a los Bancos hipotecarios alemanes la adquisición de títulos que estén garantizados con derechos reales inmobiliarios sobre inmuebles extranjeros. Pero al existir una única masa de cobertura (todas las hipotecas en conjunto garantizan todas las cédulas hipotecarias), esos títulos se mezclan con otros valores del mercado interior, de tal forma que pueden disminuir riesgos previamente existentes, y ello a pesar del propio interés de los Bancos en el control de estas coberturas y de la estricta vigilancia ejercida por el Organismo Oficial para el Crédito. Además, el adquirente de una cédula hipotecaria desea conocer qué grado de seguridad tiene la misma. Las divergencias entre los diferentes sistemas hipotecarios y la existencia de determinados derechos preferentes hacen que sea muy difícil conocer y formarse una opinión acerca de la seguridad de estos títulos hipotecarios europeos. La existencia de un derecho de garantía real conocido, sin duda aumentaría la confianza en estos títulos.

Si se crease un derecho de garantía real inmobiliaria unitario se podrían armonizar también algunas particularidades. El crédito hipotecario transfronterizo (y por ello también el mercado hipotecario europeo) se obstaculiza por el hecho de que en diferentes Estados comunitarios los derechos de garantía real inmobiliaria se ven sobrepasados por otros de carácter preferente que garantizan determinados privilegios. La situación de Francia demuestra cómo una exagerada protección del consumidor puede traer consecuencias perjudiciales. Una de las causas para la cada vez mayor importancia del «SICOMI» es el deseo de evitar los perjuicios que soporta un crédito garantizado hipotecariamente con la empresa (industria) por la existencia de derechos preferentes de los trabajadores (sin embargo, el motivo esencial son las ventajas fiscales). A través de esta técnica del

leasing, la empresa, en la que trabajan los trabajadores, no es propietaria del inmueble en que radica la empresa y de los elementos integrantes de la misma. Así se evita que los derechos preferentes derivados de los derechos de los trabajadores puedan alcanzar al inmueble en que radica la industria. Mientras que en el Derecho alemán los derechos de los trabajadores se sitúan desde el punto de vista del rango con posterioridad al acreedor hipotecario, y por lo menos les queda la posibilidad de ser satisfechos, en la construcción del *leasing* del Derecho francés no les queda a los trabajadores ni siquiera esa posibilidad. Aquí se demuestra palpablemente que la práctica crediticia otorga una gran importancia al derecho de garantía plenamente calculable. Caso de existir factores imprevisibles, se prescinde de un derecho de garantía real inmobiliaria y se acude a otras figuras. En este sentido debe resaltarse y alabarse el paso dado en Portugal, en el que la nueva Ley de Cédulas Hipotecarias establece que tienen preferencia de rango absoluto sobre cualquier privilegio las hipotecas que sirvan de cobertura a cédulas hipotecarias emitidas. Incluso en el «Informe McMillan-Scott» (presentado en el Parlamento Europeo el 11 de septiembre de 1989) se establecía que debería impedirse la venta de inmuebles gravados con hipotecas tácitas. Sin embargo, una prohibición de este tipo no sería suficiente. Incluso en el supuesto de establecer no sólo sanciones penales, sino también civiles, no serviría de mucho el hecho de que el comprador sólo pudiese obtener la devolución de un precio previamente pagado. Por ello estos derechos preferentes deben ser reconducidos a un nivel unitario. Lo mismo puede afirmarse de los derechos de garantía real inmobiliaria. Para los institutos de crédito que operan a nivel internacional sería exigible un derecho de garantía real inmobiliaria que no estuviese sometido a estos derechos preferentes ocultos o, al menos, que en todos los países miembros de la Comunidad fuesen los mismos. Una unificación de estos derechos preferentes no debería, sin embargo, conducir a un aumento de los mismos. La ordenación en el rango de estos derechos, o al menos la enumeración de los mismos que pueden anteponerse al acreedor hipotecario, aumentaría sin duda la seguridad jurídica. Sería deseable la preferencia de rango del acreedor hipotecario en interés de un mercado del crédito más seguro. Y cuantos menos riesgos soporte el instituto de crédito, más barato será el crédito para el consumidor.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

Los derechos de garantía real inmobiliaria de carácter fuertemente accesorio no satisfacen hoy en día las necesidades del mercado del crédito. De ahí que sea exigible la introducción de un derecho de garantía real inmo-

biliaria no accesorio en todos los países comunitarios. La solución no pueden darla las normas de colisión debido al principio *Lex rei sitae*, y no parece suficiente la creación de un especial Estatuto real para los créditos hipotecarios transfronterizos en consideración al desarrollo de la cooperación internacional y de las uniones de financiadores. Todas las partes se verían favorecidas por la existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio y unitario para los países comunitarios: Los consumidores (como deudores o receptores del crédito y como inversores) estarían mejor informados y tendrían que soportar un coste menor. Los institutos de crédito podrían atender mejor los deseos de sus clientes. Sería posible un «mercado de hipotecas europeo». Todo esto demuestra la conveniencia de introducir un derecho de garantía real inmobiliaria unitario para todos los países comunitarios.

C. LA EUROHIPOTECA

Una vez demostrada la necesidad de la introducción en todos los países comunitarios de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario y no accesorio, la cuestión es cómo puede llevarse a la práctica. Para ello se expondrán a continuación algunos intentos de unificación de los ordenamientos jurídicos en el ámbito de los derechos reales inmobiliarios, o al menos algunos intentos que hicieron pensar en esa posibilidad.

I. INTENTOS HASTA NUESTROS DIAS DE UNA UNIFICACION DE LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS

1. EL INFORME SEGRÉ

En otoño de 1966, un grupo de expertos constituido en el seno de la Comisión bajo la dirección del profesor CLAUDIO SEGRÉ (entonces director de investigación en la Dirección General de Industria y Finanzas de dicha Comisión), emitió un informe acerca de la construcción de un mercado europeo de capitales. La tarea de los expertos era el estudio conjunto de los problemas en relación a la liberalización del tráfico de capitales y los efectos de la integración de los mercados de capitales. Para ello se estudiaron las principales diferencias de estructura en los distintos mercados de capitales, así como los flujos de capitales en el seno de los países de la Comunidad Europea entonces existentes.

Otra importante cuestión a estudiar eran las relaciones entre la integra-

ción del mercado de capitales y otros ámbitos importantes (como, por ejemplo, la política de la vivienda, la política monetaria, las necesidades de ahorro e investigación). Deberían igualmente estudiarse las consecuencias de la creación de un mercado europeo de capitales en relación a las políticas industriales de cada país y los ajustes necesarios en la estructura y formas de actuación de los institutos de finanzas.

El Informe Segré se ocupa también (aunque sólo parcialmente) de cuestiones relativas a la seguridad de los créditos, principalmente en relación a los derechos de garantía real inmobiliaria: La deuda territorial se considera por los expertos como «una técnica que puede ser de especial importancia para los negocios internacionales». En Alemania «se demuestra que tanto en relación a la financiación de la industria como de la vivienda, la hipoteca ha sido superada por la deuda territorial por haberse mostrado ésta más simple y más barata». Se establece cómo la creación de un título de una deuda territorial permite que la deuda territorial sea transmitida sin necesidad de una nueva inscripción en el Registro, y ese título, tras el pago del crédito garantizado, vuelve al propietario del inmueble, que puede utilizarlo para el aseguramiento de un nuevo crédito. La deuda territorial es especialmente válida para el aseguramiento de créditos cuya cuantía varíe con frecuencia. «Dado que la técnica de la deuda territorial se ha mostrado especialmente eficaz no solamente en Alemania, sino también en otros países, como Suiza o Austria», el grupo de expertos propone que «debería estudiarse si la deuda territorial o una forma semejante de garantía podría ser introducida en todos los Estados miembros». Pues «un instrumento semejante, que permita su fácil utilización en la financiación de negocios internacionales, produciría con seguridad la concentración de los mercados de capitales de los Estados miembros». Finalmente, el grupo de expertos pone de relieve cómo la posibilidad de inscribir derechos reales de garantía inmobiliaria en divisas extranjeras facilitaría los préstamos relativos a negocios internacionales, garantizados con derechos de garantía real.

Por ello el Informe Segré establece como una de sus conclusiones la siguiente: «Debe ser considerada como una de las tareas primordiales la unificación o armonización de las disposiciones jurídicas de cada uno de los Estados miembros en relación a los derechos de garantía real. La deuda territorial descrita en los capítulos precedentes podría jugar un importante papel en la financiación de la construcción de viviendas al ser más flexible y barata que la hipoteca. Además, sería importante permitir la inscripción de hipotecas o deudas territoriales en moneda distinta de la nacional». En otra conclusión se establece: «La introducción de un derecho de garantía real unitario en todos los países miembros contribuiría a la integración de los mercados de capitales. Para ello podría utilizarse la deuda territorial alemana, que permite una gran adaptabilidad de la garantía».

2. INFORME DEL INSTITUTO MAX-PLANCK

Por encargo de la Comisión Europea, el Instituto Max-Planck para Derecho Internacional Privado y Extranjero, radicante en Hamburgo, elaboró una primera parte de un informe acerca de la armonización de los derechos de garantía real inmobiliaria en los países comunitarios. El informe se entregó a la Comisión en diciembre de 1971. La finalidad del informe era señalar los obstáculos en el camino hacia un mercado de capitales único, así como encontrar las soluciones. El informe se ocupa de los Ordenamientos jurídicos de los entonces países de la Comunidad Europea, Bélgica, República Federal Alemana, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. En julio de 1976 el profesor PAUL JACKSON de la Universidad Reading de Inglaterra, añadió a esta primera parte el estudio de los derechos de garantía real en los Ordenamientos jurídicos de los países que se habían unido a la Comunidad: Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de la Gran Bretaña. La proyectada segunda parte del informe, que debería ocuparse de las diferencias jurídicas y de la introducción de nuevos sistemas de garantía, por desgracia, no llegó a elaborarse.

El sistema de trabajo del informe consiste en un análisis comparado de las instituciones jurídicas existentes en los entonces seis Estados miembros de la Comunidad Europea, instituciones que sirven para el aseguramiento del crédito a través de la propiedad de inmuebles, así como las propuestas para nuevas formas de garantía. Para ello el informe se limita a aquellas cargas reales que tienen característica de medio de garantía y que se utilizan en el tráfico del crédito como medios específicos para la realización del crédito inmobiliario. Por ello no se estudian los derechos de garantía mobiliaria. Las hipotecas legales se toman en consideración en la medida en que constituyen derechos preferentes. Los privilegios sólo se toman en consideración en el supuesto de que sustituyan en el tráfico a un derecho real de garantía inmobiliaria o se antepongan a los derechos del acreedor hipotecario.

El informe tiene una extensión de 257 páginas y lleva como anexo una relación muy amplia de las disposiciones legales citadas en el propio informe. El informe sigue el siguiente esquema:

- A) Delimitación del tema.
- B) Fines e importancia comercial.
- C) Análisis comparado:
 - 1. Nacimiento del derecho real inmobiliario.
 - 2. Contenido del derecho real inmobiliario.
 - 3. Cambio de la persona del acreedor.
 - 4. Fin de la posición del acreedor y extinción del derecho real inmobiliario.

5. Realización forzosa del derecho de garantía real inmobiliaria.
6. El regreso al propietario del inmueble.
7. Derecho internacional privado.

Estos diferentes puntos, a su vez, se subdividen en otros. En cada uno de los capítulos del índice se exponen los diferentes Ordenamientos jurídicos, uno a continuación del otro. Junto a las disposiciones legales se citan tanto opiniones doctrinales como jurisprudencia.

El informe ofrece una gran cantidad de información, explicaciones doctrinales e informes prácticos a través de un examen comparativo de los diferentes Ordenamientos jurídicos. Para poder exponer las necesidades de la práctica se suministró un cuestionario a las asociaciones relacionadas con el crédito. En relación a la utilización de la deuda territorial y la hipoteca en Alemania, se plantearon las siguientes preguntas: ¿Qué importancia tiene la deuda territorial en relación a la hipoteca? ¿Cuándo se constituye la primera y cuándo la segunda? ¿Consta en la inscripción de una deuda territorial en el Registro la finalidad de la garantía? ¿Con qué frecuencia se somete el deudor a la ejecución forzosa? ¿En qué porcentaje se emite un título sobre el derecho de garantía inmobiliaria? Las respuestas a estas preguntas no están hoy disponibles.

Esta «primera parte» del informe no contiene una conclusión general, fundamentalmente por la previsión de emitir una segunda parte. Por ello no se contesta a la pregunta que ahora nos ocupa de si la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario, abstracto y eventualmente de nueva creación en los diferentes Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad Europea sería recomendable o, incluso, si sería posible.

3. ASOCIACIÓN BANCARIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

En el año 1973 un grupo constituido *ad hoc* en la Asociación Bancaria Europea elaboró un estudio referente al crédito inmobiliario en Bélgica, Francia, Italia y la República Federal Alemana.

En ese estudio se pone brevemente de relieve cómo la Asociación Bancaria había suministrado a la Comisión Europea dos notas sobre aspectos importantes en relación a la constitución de los créditos inmobiliarios.

La primera nota hacía referencia a los siguientes aspectos: posibilidad de constitución de una hipoteca, en el supuesto de que el acto de constitución y el inmueble no estén sujetos a Ordenamientos jurídicos del mismo Estado. Posibilidad de fijar el importe de un crédito asegurado con un derecho de hipoteca en divisas extranjeras. Supresión de los privilegios ocultos y armonización del rango de los privilegios. Medidas adecuadas

para agilizar la constitución de los créditos hipotecarios. Posibilidad para los institutos de crédito de cerrar contratos de préstamos que estén garantizados con una hipoteca constituida sobre un inmueble radicante en otro Estado miembro. Esta nota tenía como anexo unos textos unitarios sobre un contrato de crédito garantizado con hipoteca, una propuesta para la inscripción de la hipoteca y un poder general para cerrar un crédito hipotecario que, a juicio de la Asociación Bancaria, podrían ser empleados para la concesión de un crédito inmobiliario en la Comunidad Europea.

La segunda nota hacía referencia a la hipoteca de propietario y aludía al aspecto más importante para la constitución de un préstamo garantizado con un derecho real inmobiliario a juicio de la Asociación Bancaria: La garantía real. Para Francia e Italia esto suponía un nuevo tipo de hipoteca (la hipoteca de propietario) que debería introducirse junto a las hipotecas ya existentes. También Bélgica debería introducirla, mientras la República Federal Alemana tenía ya la deuda territorial.

El elemento característico de esta hipoteca de propietario sería la posibilidad de constituirse con independencia de la prestación personal que ha de garantizar, mientras que los demás tipos de hipoteca serían de naturaleza accesoria. Así podría constituirse antes de que se hubiese cerrado un contrato de préstamo y ser utilizada con posterioridad para asegurar un crédito personal e, incluso, subsistir tras la extinción de dicho crédito. Se recurriría a la solución de una hipoteca de propietario en base a las dificultades que se preveían para la introducción en otros Ordenamientos jurídicos de un nuevo derecho real de garantía inmobiliario como la deuda territorial alemana. Además, la aplicabilidad de la deuda territorial, sin duda alguna, en parte hay que basarla en la existencia del sistema registral alemán. En todo caso debería excluirse la introducción de este sistema registral en otros Estados miembros, tanto por razón de principios como por razones prácticas.

Junto a ello podría pensarse en una reforma más limitada en el campo de las garantías reales. Esta quedaría limitada a la introducción de una regulación unitaria, con arreglo a la cual cualquier persona con interés pudiese tener información completa acerca de la situación jurídica de un inmueble que radicase en cualquier país comunitario. Igualmente, podrían unificarse determinadas características de las hipotecas convencionales: Posibilidad de gravar un inmueble con una hipoteca cuando el propietario únicamente tiene una propiedad condicional; posibilidad de gravar con hipoteca derechos futuros; carácter privilegiado de los intereses; los aspectos formales. La regulación del rango de las hipotecas constituidas simultáneamente; la duración de la inscripción de la hipoteca; los requisitos para la cancelación.

El estudio de los costes del crédito inmobiliario también demostró que existen importantes diferencias entre los Estados miembros, lo que planteaba grandes dificultades. Determinados aspectos que suponen un elevado

coste tenían mucha importancia en algunos Estados miembros, mientras que en otros carecían de tal importancia. Los costes eran diferentes. Parecía, sin embargo, muy difícil llevar a cabo una armonización en los costes que influyen directamente en la estructura del crédito inmobiliario. La armonización podría obtenerse más bien en el campo de los factores impositivos.

Como conclusión, el grupo de trabajo de la Asociación Bancaria Europea establecía que dentro de los créditos especializados, probablemente el crédito inmobiliario era el que necesitaba un mayor perfeccionamiento y renovación debido a sus antiguos orígenes y a su compleja formación. Ello debería llevarse a cabo en dos etapas: Primeramente, dentro de cada Estado miembro mediante la introducción de todas aquellas experiencias positivas de otros Estados miembros. Posteriormente, dentro de la Comunidad Europea a través de un proceso de unificación o al menos de aproximación de los diferentes sistemas. Finalmente, el grupo de trabajo señalaba cómo la armonización de los sistemas de créditos inmobiliarios era fuertemente dependiente de la política industrial y financiera de los Estados miembros y de la armonización de sus sistemas impositivos.

4. FEDERACIÓN HIPOTECARIA EUROPEA (DE LA CEE)

A comienzos de la década de los setenta, la Federación Hipotecaria Europea presentó en Bruselas algunas reflexiones acerca de la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario. A diferencia de la finalidad perseguida por el Informe Segré, se pretendía la introducción de la institución jurídica de la deuda territorial en todos los países comunitarios. Para ello también se tenían en cuenta las reflexiones expuestas por el grupo de trabajo de la Asociación Bancaria Europea en relación a la hipoteca de propietario. La Federación Hipotecaria formuló una serie de exigencias, que deberían cumplirse, para la introducción de las modificaciones legales necesarias en los diferentes Estados miembros para facilitar las ventajas de la deuda territorial.

El nuevo derecho real inmobiliario debería incorporarse a un título, que podría ser denominado «título hipotecario» y que debería tener efectos jurídicos. El propietario del inmueble constituiría este título hipotecario a favor de sí mismo y podría utilizarlo en su beneficio.

Este derecho de garantía real inmobiliaria sería autónomo en el momento de su nacimiento. En contraposición a la hipoteca tradicional, que depende de un crédito previamente existente, en el supuesto del título hipotecario se trataría de un derecho independiente que tendría efectos con independencia de cada crédito. Como consecuencia de ello, este derecho no dependería de la existencia previa de un crédito, sino que estaría plenamente a dispo-

sición de su propietario y subsistiría aun después de la extinción del crédito garantizado.

Este título hipotecario, y como consecuencia el derecho a él incorporado, deberían ser objeto de transmisión en la forma más fácil.

La Federación Hipotecaria constituyó un grupo de trabajo, formado por delegados belgas, franceses, alemanes y de los Países Bajos. Este grupo de trabajo estimó que sería muy difícil la introducción en los Estados miembros (excepto la República Federal Alemana) de nuevas instituciones jurídicas que no tuviesen precedente en ellos. Por ello se siguió la indicación de la Asociación Bancaria Europea de decidirse por una nueva forma de hipoteca que se denominaría «Hipoteca de propietario». Esta no tendría que conectarse necesariamente con la existencia de un sistema registral como el alemán. El grupo de trabajo estimó muy difícil la implantación de un sistema de publicidad como el alemán en los otros Estados miembros de la Comunidad por razones prácticas y de organización. La introducción de «una hipoteca de propietario» tropezaría con menores dificultades dado que partiría de la institución jurídica de la hipoteca previamente existente y regulada con gran detalle, aunque se apartaría de la hipoteca convencional en determinados aspectos. Todas las ventajas que llevaría consigo la introducción de la deuda territorial en todos los países comunitarios se conseguirían igualmente con la introducción de ésta «hipoteca de propietario», si bien bajo determinadas condiciones, sin que, sin embargo, llegasen a especificarse estas condiciones.

5. DOCUMENTOS DE TRABAJO DE LA COMISIÓN

Si a lo largo de los años sesenta los círculos comunitarios creyeron que era conveniente la aprobación de múltiples directivas, posteriormente se observó que con ello se generaban innumerables problemas difíciles de solucionar. Por ello se estimó que debería procurarse la unificación jurídica a través de los Reglamentos y Directivas sólo en los aspectos más importantes. La mayoría de los ámbitos jurídicos deberían aproximarse unos a otros y coordinarse, de tal forma que fuese posible el mercado único. Muchos de estos ámbitos deberían aproximarse a través del mutuo reconocimiento de los sistemas y disposiciones jurídicas. Esta posición se manifiesta en diversos documentos de trabajo de la Comisión Europea.

A) Consideraciones en torno a la coordinación de las disposiciones legales acerca del crédito a la construcción

Partiendo de las exigencias del Informe Segré acerca de la liberalización y coordinación en el ámbito del crédito hipotecario, este documento de trabajo debería ofrecer una nueva iniciativa en dicho ámbito del crédito hipotecario. Para ello «no se tomaría en consideración el crédito hipotecario en su conjunto, sino exclusivamente aquel crédito que afectase a la financiación de la construcción de viviendas, excluyendo el crédito a la industria garantizado con hipoteca para así poder contemplar los efectos de una posible liberalización».

Las diferencias en los Ordenamientos civiles de los Estados miembros se consideró como un fuerte impedimento para la financiación a la construcción de viviendas con carácter transfronterizo, pues estos Ordenamientos hacen difícil el aseguramiento de los créditos con inmuebles extranjeros, así como la satisfacción con cargo a los correspondientes derechos de garantía real inmobiliaria.

Al observarse otros graves problemas, se estimaba que no podía abordarse la solución de estos impedimentos individualmente. Por ello se estimó que las disposiciones legales de cada Estado miembro en relación a los derechos reales de garantía inmobiliaria no podrían armonizarse a través de medidas especiales sin antes suprimir esos obstáculos, aunque a largo plazo se contemplase una armonización como necesaria.

Por ello se estimaba que «era en el limitado sector del crédito a la construcción donde podrían obtenerse resultados a largo plazo en la armonización, liberalización y unión monetaria» para «dar a todo el proceso de integración en el campo financiero un nuevo impulso desde este limitado ámbito. En un mismo y único texto debería por ello darse un paso hacia la liberalización de capitales, considerar la seguridad de los derechos reales de garantía inmobiliaria en cada país miembro provisionalmente como equivalentes, prever una técnica para la disminución del riesgo monetario y establecer las consecuencias jurídicas de ello».

La armonización de la regulación de los derechos reales de garantía inmobiliaria en cada uno de los países miembros se consideró la solución más consecuente para el problema del aseguramiento. Sin embargo, se partió de la idea de que «todos los derechos de hipoteca en los Estados miembros son equivalentes en cuanto a los efectos de seguridad para el acreedor», y esta equivalencia no podría establecerse de forma expresa en el campo de los trabajos para la coordinación de las disposiciones legales acerca del crédito a la construcción, sino que «debería estar implícita». «Es fácil proponer que los Estados miembros levanten todas aquellas limitaciones que obligan a los institutos afectados por la Directiva a garantizar sus

créditos a la construcción sólo mediante derechos reales de garantía inmobiliaria sobre inmuebles nacionales», con lo que indudablemente se hacía referencia al artículo 1 de la Ley de Bancos Hipotecarios Alemanes.

También se proponía que «la igualdad debería radicar no sólo en la seguridad material otorgada al instituto acreedor cuando adquiere un derecho real de garantía inmobiliaria en otro Estado miembro, sino también en que el acreedor estuviese protegido desde el punto de vista procedimental», lo que se fundamenta en el acuerdo sobre la jurisdicción y ejecución de decisiones judiciales en el campo civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968, que permite una rápida ejecución, y en su artículo 50, también para documentos públicos.

B) Libertad de circulación en el sector del crédito a la construcción de viviendas

Este documento se ocupa de la libertad de establecimiento. Para ello se plantean cuestiones acerca de «exportación de las técnicas de financiación», principio del control de los Bancos, estructura de un mercado de capitales y libre competencia. Es de resaltar que mantiene todas las soluciones e ideas del primer documento de trabajo, especialmente los esfuerzos para conseguir la posibilidad de inscripción de una hipoteca en divisas extranjeras.

6. DIRECTIVAS

A) Directiva del crédito hipotecario (1)

En el año 1984 la Comisión Europea presentó un proyecto de Directiva para la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario (Directiva del crédito hipotecario). El artículo 3 de la primitiva propuesta establecía que «los Estados miembros autorizarán a los institutos de crédito a conceder créditos garantizados con hipotecas sobre inmuebles radicantes en otros Estados miembros». La propuesta modificada de Directiva presentada nuevamente a la discusión en el año 1987 establecía en el párrafo 1.º de su artículo 3.º que «los países de origen autorizarán a sus institutos de créditos... las actividades en el campo del crédito hipotecario en otros países comunitarios en relación a los inmuebles radicantes en cualquier

(1) Sobre el origen y principios de esta Directiva puede verse CASERO MEJÍAS, MANUEL, «El crédito hipotecario en la CEE» (en *RCDI*, núm. 580, mayo-junio 1987) y «Propuesta de Directiva sobre créditos hipotecarios» (en *Noticias CEE*, núm. 47, diciembre 1988).

lugar de la Comunidad». En opinión de la Comisión Europea, en el momento de hacer esta propuesta de Directiva subsistían importantes obstáculos para la existencia de un crédito hipotecario transfronterizo: La protección de los mercados de capitales frente a la competencia, las objeciones de las autoridades de vigilancia debido a los riesgos y las diferencias existentes en el Derecho civil de cada uno de los Estados miembros.

El objetivo de la Directiva del crédito hipotecario era crear las condiciones necesarias para que los institutos de crédito pudiesen otorgar crédito hipotecario en los diferentes Estados miembros. No se preveía una coordinación o unificación de las disposiciones del Derecho civil en los Estados miembros. Sin embargo, los trabajos de dicha Directiva se paralizaron. Hoy en día se pretende observar si la Segunda Directiva Bancaria es suficiente para terminar con los problemas o, por el contrario, debe volverse sobre una Directiva específica sobre el crédito hipotecario. Está por ver si en su caso traería consigo una unificación de las prestaciones del Derecho civil.

B) Segunda Directiva Bancaria

Tras llegarse a un acuerdo entre todos los Estados miembros en julio de 1989, se promulgó el 15 de diciembre de 1989 la llamada Segunda Directiva Bancaria. Esta Directiva es de capital importancia para el mercado bancario en la Comunidad Europea. Gran importancia reviste el principio del mutuo reconocimiento del establecimiento bancario por parte de las autoridades nacionales.

El artículo 18, párrafo 1.º, de esta Directiva establece que «todos los Estados miembros garantizarán que los institutos de crédito que resulten autorizados y controlados por sus autoridades puedan realizar aquellas actividades que figuran en el anexo con arreglo a los artículos 19, 20 y 21, bien a través de una sucursal, bien a través de la libre prestación de servicios, en tanto dichas actividades estén cubiertas por la autorización». En el anexo de la Directiva se incluye especialmente el préstamo hipotecario. El artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Directiva define el concepto de sucursal.

El fundamento de la Directiva reside en que todos los Estados miembros deben vigilar para que las actividades que se benefician del mutuo reconocimiento puedan ser desarrolladas en la misma forma en que lo son en el país de origen en tanto no vulneren las disposiciones legales sobre el orden público. Se discute cómo debe interpretarse este principio del mutuo reconocimiento. Según una opinión, la formulación de este principio ha de relacionarse con el artículo 18 de la Directiva que concede una posibilidad de actuación, que afecta tanto al fondo como a la forma del negocio bancario, y por ello también incluye las disposiciones legales necesarias del

Derecho civil. Para otra opinión, esta Directiva afecta exclusivamente al Derecho de vigilancia de los Bancos, pero no al Derecho civil. Con arreglo a esta opinión, el principio del mutuo reconocimiento en relación al Derecho civil sólo afecta a la posibilidad de la libre elección del Ordenamiento jurídico aplicable, lo que ya se contempla en el Derecho internacional privado francés y alemán, así como en el EVU. Incluso las limitaciones que estos Ordenamientos jurídicos contemplan, en relación a la legislación reguladora de la protección de los consumidores y del orden público, no se suprimen por la Directiva, pues con arreglo al artículo 19, párrafo 4.º, y artículo 21, párrafo 5.º, se reconoce prevalencia a las disposiciones nacionales de interés general. Qué ha de entenderse por disposiciones de interés general no lo dice la Directiva. No obstante, dentro de ellas habría que incluir las normas o disposiciones obligatorias de Derecho internacional privado, como, por ejemplo, la protección de los consumidores o el orden público. Aunque se incluyesen en el principio del mutuo reconocimiento las normas de Derecho civil, debería sin embargo rechazarse la utilización ilimitada de la deuda territorial alemana en otros Estados miembros. Pues al menos en este punto la Directiva no es suficientemente explícita al no establecer nada de acerca de la forma de inscribir en el Registro la deuda territorial y, fundamentalmente, tampoco qué tratamiento recibiría en el caso de ejecución forzosa o en el supuesto de quiebra.

Precisamente la cuestión acerca de los elementos que pertenecen a la técnica de financiación, así como la frontera entre el Derecho civil y el Derecho de vigilancia de los Bancos ha conducido a que se produzca un cambio de opinión. Hoy en día se tiende a considerar que el principio del «mutuo reconocimiento de técnicas financieras» no es suficiente para solucionar los problemas. Debería, por el contrario, buscarse una mayor unificación de los sistemas jurídicos (2).

7. UNIÓN DEL NOTARIADO LATINO

La Unión del Notariado Latino ha presentado propuestas a través de las cuales en la práctica, si bien no podrían suprimirse todos los inconvenientes derivados de las diferencias existentes en el Derecho civil, y especialmente

(2) Sobre las relaciones entre la Segunda Directiva Bancaria y la Directiva del Crédito Hipotecario, puede verse. DE GRADO SANZ, CARMEN, y CASERO MEJÍAS, MANUEL, «Estudio de las Directivas relativas a la armonización de la libertad del establecimiento y prestación de servicios bancarios, referencia al proyecto de Directiva sobre el Crédito Hipotecario», publicado en el volumen *La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras Comunidades internacionales*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España.

en el Derecho hipotecario de los Estados miembros, sí se podría al menos atenuar dichos inconvenientes. Por ello la Comisión para Asuntos Comunitarios de la Unión del Notariado Latino ha encargado a una subcomisión sobre «Eurohipoteca» el estudio de la contraposición de la cédula hipotecaria suiza (SCHWEIZER SCHULDBRIEF) con la deuda territorial alemana incorporada a un título (*deutsches Briefgrundschuld*), la contraposición de los resultados de esta comparación, en relación con las disposiciones legales de los otros países comunitarios, para sobre esta base trabajar en una regulación futura de un derecho de garantía real incorporado a un título transmisible.

Hasta nuestros días se ha elaborado la parte 1.^a, principalmente a través de la Delegación de Alemania. Con base a estos trabajos, el 22 de mayo de 1987 se entregó al Consejo de Ministros Comunitario la siguiente propuesta:

- Poner a disposición de los institutos de crédito junto a los derechos reales de garantía inmobiliaria actualmente existente en los diferentes países miembros una Eurohipoteca con regulación unitaria para todos los países.
- Este derecho de garantía real inmobiliaria de carácter unitario debería tomar como base la cédula hipotecaria suiza.
- A través de ello se pondría a disposición de los institutos de crédito y de los prestatarios en el seno de los países de la Comunidad Económica Europea un derecho real de garantía inmobiliaria más fácilmente transmisible, de utilización más variada, como alternativa a los derechos reales de garantía inmobiliaria ya existentes en los Estados miembros. De esta forma se evitarían los perjuicios jurídicos, económicos y prácticos derivados de una hipoteca fuertemente accesoria.

La Unión del Notariado Latino se decidió por la cédula hipotecaria suiza porque ésta constituye un derecho de garantía real inmobiliaria:

- Que es transmisible a través del título, protegida por el principio de la buena fe.
- Que podría ser introducida también en aquellos países en que la hipoteca surge y queda constituida a través del correspondiente documento público y no por la inscripción en el Registro.
- Que dado su carácter de título valor podría también ser utilizado en aquellos Estados miembros donde no se conoce la formalización en documento notarial (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca), y
- Que sería más fácil que la deuda territorial alemana para conseguir la unificación, incluso en los países comunitarios con diferentes sistemas registrales.

8. CONCLUSIONES PARCIALES

En varias ocasiones se ha solicitado la armonización del derecho en relación a los derechos reales de garantía real inmobiliaria. En todos los supuestos se solicitó la creación de un derecho real de garantía inmobiliaria flexible y de fácil transmisión. La Comisión Europea no pretendía la unificación de los Ordenamientos jurídicos en el campo de los derechos reales de garantía inmobiliaria por sí mismos, sino unido a la liberalización del crédito para la construcción de viviendas. Las propuestas de Directiva existentes hasta hoy, así como las Directivas, no contienen disposiciones acerca de la unificación de los derechos de garantía real inmobiliaria. Sí aparece, sin embargo, en la reciente propuesta de la Unión del Notariado Latino.

II. LA CEDULA HIPOTECARIA SUIZA (3)

La Unión del Notariado Latino propone introducir la cédula hipotecaria suiza como «Eurohipoteca» en todos los Estados Comunitarios. Se examinará a continuación cómo está jurídicamente regulada esta cédula hipotecaria en el Derecho suizo y cómo se desenvuelve en la práctica del crédito de Suiza. Dadas las diferencias existentes entre los diferentes cantones, se contemplará la situación existente en el cantón de Zürich. Se sigue el mismo esquema utilizado (en la primera parte del libro) para otros sistemas.

1. IMPORTANCIA

El crédito garantizado hipotecariamente tiene una extraordinaria importancia en Suiza debido fundamentalmente al continuo crecimiento del valor de los inmuebles y al buen funcionamiento del sistema registral. Más del 50 por 100 de todos los anteriores concedidos por los Bancos suizos están asegurados con derechos de garantía real inmobiliaria. El «endeudamiento hipotecario» en Suiza ha subido desde 130,1 billones de francos (1978) a 333,5 (1988).

«Los créditos hipotecarios» sirven en Suiza principalmente para financiar la construcción de viviendas. La cédula hipotecaria ocupa una posición preeminente que, sin embargo, es diferente en los diversos cantones. Puede afirmarse que con anterioridad las hipotecas convencionales eran predominantes en el ámbito de la financiación de la construcción, mientras que en

(3) Se ha optado por traducir la expresión *Schuldbrief* por «cédula hipotecaria», aunque no se corresponda con lo que usualmente se entiende por cédula hipotecaria en el Derecho español. Debe, pues, entenderse dicha expresión como referida a la institución suiza de la *Schuldbrief*.

los últimos años resultan predominantes las cédulas. La importancia de las garantías personales es cada vez menor y sólo se utilizan en los créditos a corto plazo, en los que se opera con garantías bancarias.

2. DISPOSICIONES LEGALES

Las normas reguladoras de la cédula hipotecaria suiza se contienen en los artículos 793 y siguientes del Código Civil suizo, fundamentalmente en los artículos 842 a 846 y 854 a 874. Los aspectos formales se regulan en los artículos 942 a 977 de dicho Código y en un Reglamento general para el Registro de la Propiedad de 22 de febrero de 1910, así como en las disposiciones cantonales relativas al Registro.

3. OTROS DERECHOS DE GARANTÍA REAL INMOBILIARIA

La unificación de los diferentes derechos de garantía real inmobiliaria existente en los cantones fue uno de los principales problemas en la elaboración del Código Civil suizo. Debido a estas diferencias, el Código no se limitó a la admisión de un único derecho real de garantía inmobiliaria, sino que se eligieron tres diferentes, que en aquella época eran los más frecuentes en los cantones: La *Grundpfandverschreibung*, la *Schuldbrief* y la *Gült*. Junto a ellas se reconoce la obligación hipotecaria como una derivación de la *Grundpfandverschreibung*. La principal finalidad de los derechos de garantía real inmobiliaria debería ser constituir un medio para el aseguramiento de créditos y servir para la movilización del valor del suelo.

A) La *Grundpfandverschreibung* corresponde a la hipoteca de seguridad del Derecho alemán. Se distingue entre la llamada hipoteca de capital, en la cual, y con arreglo al artículo 794, párrafo 1.º, del Código Civil, debe pactarse en un contrato un determinado crédito en divisas suizas, y la llamada hipoteca de máximo, en la cual, y con arreglo al artículo 794, párrafo 2.º, de dicho Código, se requiere la existencia de un contrato de máximo y que sólo puede constituirse en forma de *Grundpfandverschreibung*.

Las limitaciones para el tráfico condujeron a que se admitiese como una derivación de esta forma la obligación hipotecaria, la cual incorpora un reconocimiento de deuda garantizado a través de una *Grundpfandverschreibung* e incorporado a un título. Normalmente se constituye a favor del portador y se denomina obligación hipotecaria al portador. Puede, sin embargo, también constituirse a favor de una persona determinada o a la orden. Este tipo de obligación hipotecaria está muy difundido en aquellos cantones donde no es frecuente la *Schuldbrief* o donde ésta última no resulta atractiva por limitación en los intereses o en la cuantía del endeudamiento.

Igualmente, la obligación hipotecaria tiene la ventaja de ser de fácil y rápida constitución. A diferencia de la *Schuldbrief*, en la obligación hipotecaria al portador no se presume la constitución del derecho real de garantía inmobiliaria. Además, la deuda incorporada al título no participa del principio de fe pública registral.

B) La *Gült* es una hipoteca de tráfico con el carácter de carga real (art. 847, párrafo 1.º, del Código Civil). Está completamente separada del crédito personal y constituye únicamente una garantía real (art. 847, párrafo 3.º). Con arreglo al artículo 856, párrafo 1.º, del Código debe emitirse un título sobre esta *Gült* que representa un título valor. En la práctica, esta forma de garantía no reviste importancia alguna en el aseguramiento del crédito. Pues su limitación como garantía real no satisface a la industria del crédito. Estas mismas razones son las que han conducido al fracaso de la *hypothèque sur soi-même* en Francia. Además, esta forma de garantía sólo puede constituirse sobre inmuebles, viviendas o construcciones rústicas (art. 847, párrafo 2.º, del Código Civil).

C) Los títulos hipotecarios existentes en el momento de entrar en vigor el Código Civil conservan su fuerza con arreglo al artículo 22, párrafo 1.º, del título final de dicho Código. Además, con arreglo al artículo 33, párrafo 1.º, de dicho título final los Reglamentos cantonales «podían establecer que un determinado tipo de derecho real de garantía inmobiliaria de su antiguo Derecho se equiparase a otro del nuevo Derecho», si bien se requería la aprobación del Consejo General suizo. Los cantones han hecho uso de esta posibilidad.

D) El Derecho suizo conoce también hipotecas legales. Se distingue entre hipotecas legales de constitución mediata, que sólo conceden el derecho a exigir la constitución de dicha hipoteca, o aquellas de constitución inmediata, que quedan constituidas directamente por la Ley.

Así, por ejemplo, con arreglo al artículo 837, párrafo 1.º, del Código Civil suizo, el vendedor de un inmueble tiene derecho a exigir la constitución de una hipoteca legal en tanto el comprador no satisfaga el precio, si bien la inscripción debe tener lugar como máximo dentro de los tres meses siguientes a la transmisión del dominio.

Con arreglo al artículo 836 del Código Civil, las hipotecas legales establecidas por los derechos cantonales que estén en conexión directa con el inmueble no precisan ser inscritas en el Registro de la Propiedad, admitiéndose sin embargo una regulación en contra por parte de los cantones. Estas hipotecas legales, como limitaciones legales del dominio, se anteponen a todas las demás hipotecas, salvo que el Ordenamiento jurídico cantonal correspondiente disponga lo contrario. Determinadas hipotecas de estas características se regulan en algunas leyes especiales; así, por ejemplo, para el aseguramiento de determinados impuestos.

4. ACCESORIEDAD

A) La cédula hipotecaria no es accesoria. Se constituye con independencia del crédito personal (en la práctica, un crédito derivado de un contrato de préstamo) para cuya seguridad se constituye, se adquiere o se pignora la cédula.

B) La cédula hipotecaria puede ser constituida como un derecho real de garantía inmobiliaria a favor del propietario y como tal subsistir aun después de extinguirse la prestación personal que garantiza.

La cédula hipotecaria de propietario es un supuesto especial de la cédula hipotecaria y puede constituirse a la orden o al portador. Los derechos incorporados a una cédula hipotecaria del propietario sólo existen (desde un punto de vista material) cuando un tercero adquiere el derecho sobre la cédula hipotecaria. El Código Civil no contiene un concepto de la cédula hipotecaria de propietario, pero, sin embargo, esta institución jurídica se menciona en varias disposiciones legales.

La finalidad de la cédula hipotecaria de propietario es impedir que acreedores hipotecarios posteriores en el rango adquieran automáticamente un rango preferente, aunque las condiciones de su derecho se constituyen como arreglo a un rango inferior. Por ello el propietario del título puede volver a utilizarlo.

Aunque en la práctica es usual la constitución de la cédula hipotecaria directamente a favor de un Banco, la cédula hipotecaria de propietario está muy difundida. Puede ser transmitida plenamente o simplemente ser pignorada, lo que le atribuye una gran importancia comercial.

5. NATURALEZA JURÍDICA

A) La cédula hipotecaria suiza es un derecho real limitado. Tal y como ocurre en la *Grundpfandverschreibung*, en la cédula hipotecaria coexisten las responsabilidades personal y real y, por tanto, «una unión entre el crédito personal y el crédito real». Como la *Gült*, la cédula hipotecaria suiza está incorporada a un título.

B) En la cédula hipotecaria suiza el deudor se obliga en forma abstracta al pago de una determinada cantidad de dinero (por tanto, un contrato de capital), y en la práctica también al pago de intereses (por lo que normalmente se incorpora a la cédula hipotecaria el llamado «interés máximo»), y asume para ello la responsabilidad personal con todo su patrimonio, lo que es asegurado a través de un derecho de garantía real inmobiliaria.

Con arreglo al artículo 868, párrafo 1.º, del Código Civil, el crédito incorporado a una cédula nominativa o al portador sólo puede ser transmitido, pignorado o, en general, hacerse valer con la posesión del título hipo-

tecario. Como consecuencia de ello la cédula hipotecaria se considera un título valor. Con arreglo al artículo 866 del Código Civil suizo, un adquirente de buena fe está protegido en relación a los derechos incorporados a la cédula hipotecaria.

6. OBJETOS HIPOTECABLES

Con arreglo al artículo 796, párrafo 1.º, del Código Civil, pueden ser gravados con un derecho de garantía real inmobiliaria los inmuebles. Con arreglo al artículo 655 del Código, son inmuebles los derechos inscritos como independientes en el Registro, las minas y la copropiedad sobre inmuebles.

7. EXIGENCIAS DE PUBLICIDAD

El Código Civil suizo introdujo un sistema registral unitario. Las mediciones territoriales necesarias para ello deberían estar terminadas para el año 1976. Sin embargo, aún no se han terminado en algunos cantones y por ello el Registro de la Propiedad suizo no está introducido hoy en día todavía en todos los cantones. En estos supuestos se establece un sistema transitorio. Con arreglo al artículo 48, párrafo 1.º, del título final del Código Civil, «con la entrada en vigor de las normas sobre derechos reales los cantones pueden designar aquellas formas a las que se les atribuye eficacia registral antes de la introducción del Registro de la Propiedad», es decir, «esas formas pueden ser investidas con eficacia tal que aun antes de la introducción del Registro de la Propiedad se produzcan los efectos registrales en relación a la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales», con arreglo al artículo 48, párrafo 2.º, del título final del Código. El artículo 48, párrafo 3.º, sin embargo, establece que no tendrán eficacia registral en relación al tercer adquirente de buena fe si el Registro de la Propiedad no ha sido aún introducido.

A) Con arreglo al artículo 799, párrafo 2.º, del Código Civil suizo, los derechos reales esencialmente sólo surgen con la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es un Registro público, en el sentido establecido por el artículo 9, párrafo 1.º, del Código Civil, y que goza de la presunción de veracidad. Con arreglo al artículo 973 del Código Civil suizo, el contenido del Registro se presume válido y completo frente al tercero de buena fe. Se establece una eficacia de publicidad negativa y positiva.

Con arreglo al artículo 865 del Código Civil suizo, los efectos de la fe pública registral se extienden al crédito incorporado a la cédula hipotecaria, y con arreglo al artículo 866 al contenido del título hipotecario válidamente constituido.

B) El Registro tiene una competencia territorial, correspondiendo a los cantones la fijación de las demarcaciones, y está a cargo del encargado del Registro de la Propiedad. La organización de las oficinas registrales varía dentro de los cantones. Así, por ejemplo, en el cantón de Zürich, un Notario ejerce, junto a su función como tal, como Director del Registro.

C) El Registro de la Propiedad se compone de diferentes partes: Libro Principal (y junto a él los planos, referencias catastrales, descripciones de las fincas), el Libro Diario y los Libros Auxiliares.

El Libro Principal sigue el sistema del folio real (art. 942, párrafo 2.º, 945 y 950 del Código Civil suizo, y art. 5 del Reglamento del Registro de la Propiedad). Con arreglo al artículo 972, párrafo 1.º, del Código Civil, los derechos reales sólo nacen con la inscripción en el Libro Principal. En el Libro Diario se recogen las solicitudes de inscripción, lo que tiene importancia para la determinación del rango de un derecho (art. 972, párrafo 2.º). Los planos sitúan los inmuebles geográficamente. También están los documentos, que son aquellos que contienen el negocio jurídico subyacente e informan acerca del contenido del Derecho. Se llevan también Registros auxiliares (con arreglo al art. 949, párrafo 1.º, del Código Civil), fundamentalmente el Registro de Acreedores en el que se pueden inscribir los adquirentes de derechos reales de garantía inmobiliaria.

Junto a las inscripciones de los derechos de garantía real inmobiliaria se anotan las llamadas «observaciones», que hacen referencia a datos acerca de los intereses o acuerdos sobre el pago.

D) Con arreglo al artículo 860, párrafo 1.º, del Código Civil, el deudor y el acreedor pueden designar un fiduciario (también llamado representante o apoderado) que facilita la relación entre ellos, y especialmente, con arreglo al artículo 860, párrafo 1.º, está plenamente apoderado para recibir pagos, órdenes y consentir el levantamiento de cargas. Su nombre debe constar tanto en el Registro como en la cédula hipotecaria (art. 860, párrafo 2.º, del Código Civil) en la columna «observaciones», con lo que «ya no precisa ninguna otra especial prueba».

E) Las relaciones de rango se rigen, con arreglo al artículo 972, párrafo 1.º, del Código Civil, por la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Para ello la inscripción en el Libro Principal debe hacerse con arreglo al momento de presentarse la solicitud, y por ello la solicitud debe hacerse constar en el Libro Diario a través del correspondiente asiento debidamente numerado.

F) El legislador suizo ha preferido el sistema (propio del Ordenamiento jurídico alemán) del mantenimiento del rango, frente al sistema (propio de los Ordenamientos jurídicos de origen romano) del corrimiento del rango. Pues con ello derechos reales de garantía real inmobiliaria ya satisfechos pueden ser utilizados para un nuevo aseguramiento. Con ello se conserva el rango originario.

No obstante, el propio sistema contempla la existencia de determinadas excepciones a este principio del mantenimiento del rango. Así, por ejemplo, los acuerdos para la negociación del rango.

8. CONSTITUCIÓN, TRANSMISIÓN Y CANCELACIÓN

A) Constitución

1) *Contrato de constitución e inscripción*

La cédula hipotecaria suiza nace con el contrato para su creación (o la constitución unilateral por parte del propietario del inmueble en el supuesto de cédula hipotecaria de propietario) e inscripción en el Registro: artículo 799, párrafo 1.º, del Código Civil suizo. Con arreglo al artículo 856, párrafo 2.º, del Código Civil, la eficacia de la cédula hipotecaria surge con la inscripción, es decir, el derecho de garantía real inmobiliaria nace con la inscripción en el Registro y no con la emisión de la cédula hipotecaria. Sin embargo, los derechos incorporados a la cédula hipotecaria sólo surgen cuando dicha cédula ha sido emitida. Sin embargo, si el acreedor tiene un derecho a la entrega de la cédula hipotecaria, esos derechos surgen ya con la inscripción.

En el supuesto de la cédula hipotecaria de propietario falta el tercero interesado. Por ello los derechos incorporados a la cédula, y el derecho real de garantía, surgen inicialmente sólo desde un punto de vista formal. Desde un punto de vista del derecho material, sólo serán efectivos cuando se produzca la transmisión o pignoración de la cédula hipotecaria de propietario.

2) *Título de pignoración*

Con arreglo al artículo 856, párrafo 1.º, del Código Civil suizo, el encargado del Registro emite un título que, con arreglo al artículo 858 del Código Civil y artículo 53, párrafo 2.º, del Reglamento para el Registro, se ajusta a unos formularios unitarios emitidos por las autoridades suizas.

Este título, que al igual que el propio derecho real se denomina cédula hipotecaria (*Schuldbrief*) contiene en la primera página la promesa de deuda abstracta, con la firma del deudor (o del Notario autorizado para ello). La segunda página, doble, sirve para la descripción del inmueble gravado, el rango de la inscripción de la cédula hipotecaria, las modificaciones o divisiones de la hipoteca, así como la observación de su liberación. Las transmisiones de la cédula hipotecaria, así como el pago de la prestación abstracta, pueden hacerse constar en la última página.

La necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad para el naci-

miento de la cédula hipotecaria se regula en el artículo 40 del Reglamento del Registro de la Propiedad. No es necesario hacer constar en la inscripción registral el interés, las condiciones de reembolso o de amortización. Sin embargo, con arreglo al artículo 40, párrafo 2.º, de dicho Reglamento debe hacerse necesariamente una indicación de estas circunstancias en la columna sobre «observaciones». Lo mismo puede decirse en relación al título.

3) *Título valor*

La cédula hipotecaria como tal título tiene la consideración de título valor y es un título ejecutable. Puede emitirse como título a la orden, pero también como nominativo. En la práctica, sin embargo, en la actualidad son más frecuentes los títulos al portador.

4) *Entrega del título*

El título se entrega a aquel que haya solicitado la inscripción del derecho, en la práctica normalmente el Notario o al propio acreedor, o al propietario en el supuesto de cédula hipotecaria de propietario. Con arreglo al artículo 857, párrafo 3.º, del Código Civil, la entrega inmediata al acreedor sólo es posible con el consentimiento expreso del deudor y del propietario, con lo que se trata de evitar la entrega antes de la concesión del crédito.

En la práctica existen diferencias en relación a la entrega del título en los diferentes cantones, dependiendo de la organización del Notariado en cada uno de ellos. Estas se manifiestan especialmente en el supuesto en que se vaya a conceder un crédito antes de que esté emitido el título de la deuda. En estos supuestos el acreedor tiene, por razones de seguridad, un interés en recibir el título tras su emisión y entrega. En el contrato, el deudor se obliga a entregar el título al acreedor. En el cantón de Zürich, el propietario solicita al encargado del Registro la entrega del título al acreedor. Dado que allí el encargado del Registro es a la vez Notario, le es conocida la solicitud del acreedor, con lo que debe poner especial diligencia a quien entrega el título.

En otros cantones donde existen Notarios de libre competencia, el propio Notario puede ser apoderado por el propietario para obtener el título del Registro y entregárselo al acreedor, y como consecuencia de ello obligarse el Notario a dicha entrega.

En ambos supuestos, sin embargo, no puede asegurarse plenamente al primer tomador la adquisición del título en el supuesto de constitución de una cédula hipotecaria de propietario, dado que en esta no existe la obligación de entregar el título al acreedor, sino al propietario.

Si una cédula hipotecaria se constituye directamente a favor del acree-

dor, el derecho real de garantía surge ya con la inscripción. Si una cédula hipotecaria va a ser pignorada, el acreedor tiene derecho a exigir la emisión del título, así como su posesión.

5) *Novación*

La relación crediticia, que es presupuesto de la cédula hipotecaria, se extingue con la inscripción en el Registro (y no con la emisión del título) a través de la novación (art. 855, párrafo 1.º, del Código Civil), de tal forma que el acreedor sólo puede exigir la prestación abstracta de la cédula hipotecaria. Igualmente y con arreglo al artículo 872 del Código, «el deudor sólo puede oponer aquellas excepciones que deriven de la inscripción o del documento o que sean de carácter personal frente al acreedor».

Sin embargo, desde el punto de vista de la práctica del crédito esta novación no plantea problemas, fundamentalmente por dos razones:

1.ª La novación puede ser excluida por las partes contratantes, si bien sólo con eficacia, entre ellas o frente a terceros que no actúen de buena fe (art. 855, párrafo 2.º, del Código Civil). En la práctica se excluyen estos efectos de la novación principalmente cuando se emite una nueva cédula hipotecaria para sustituir a otra antigua y el deudor no está al corriente del pago de los intereses. Pues la novación traería como consecuencia la extinción de esos intereses pendientes.

2.ª Con arreglo al artículo 855, párrafo 1.º, del Código Civil, la novación sólo se produce en el supuesto de la «creación», es decir, la primera constitución de una cédula hipotecaria. Por ello la novación no tiene lugar en la práctica habitual en los Bancos de adquisición de cédulas hipotecarias para aseguramientos. Tampoco juega esta novación en los supuestos frecuentes de constitución de una cédula hipotecaria de propietario, pues no puede extinguirse ninguna prestación o deuda previamente inexistente. Pues la prestación se extingue por confusión si concurren en una persona las circunstancias de acreedor y deudor simultáneamente, con lo que en el supuesto examinado no puede ni siquiera haber surgido. Si con posterioridad el propietario transmite al Banco esa cédula hipotecaria para garantizar un crédito, no se produce el efecto de la novación.

6) *Contrato de aseguramiento*

La relación o conexión entre la relación crediticia que ha de asegurarse y la cédula hipotecaria se realiza en la práctica a través de un contrato de aseguramiento en el que se regula que el acreedor sólo puede utilizar la cédula hipotecaria para el aseguramiento de su crédito personal y sólo en

la cuantía determinada. Al ser esta una excepción personal frente al primitivo acreedor, el deudor sólo puede oponerla frente a dicho acreedor, pero no frente a acreedores posteriores que hayan adquirido la cédula hipotecaria o a favor de los cuales se haya pignorado.

7) *Límite de la deuda*

Los derechos cantonales «pueden exigir para la creación de una cédula hipotecaria una valoración oficial del inmueble que se ponga a disposición de las partes interesadas» (art. 843, párrafo 1.º, del Código Civil). El párrafo 2.º de dicho artículo establece que puede también disponerse que la cédula hipotecaria sólo pueda constituirse hasta el límite de dicha valoración o hasta una porción determinada de la misma. En los cantones en los cuales se han dictado disposiciones en este sentido, debe constituirse una hipoteca convencional para el aseguramiento del crédito bancario, que puede ser convertido en una cédula hipotecaria sólo cuando exista ya la tasación oficial.

Para evitar la especulación en el ámbito de los inmuebles, que trajo consigo una fuerte subida del precio del suelo, se han dictado diversas medidas legales en este campo. (Cita el autor a continuación diversas leyes que, por su casuismo y por afectar a una problemática específica de Suiza, no se exponen al no añadir interés al tema tratado).

b) *Transmisión*

1) *Entrega*

Un crédito incorporado a una cédula hipotecaria al portador se transmite mediante la entrega del título (art. 869, párrafo 1.º, del Código Civil). Si el nuevo acreedor se hace constar en el Registro de Acreedores, debe abonarse la correspondiente cantidad en el Registro (en la actualidad, 20 francos suizos). Si se prepara una transmisión antes de que se haya emitido la cédula hipotecaria, quien esté legitimado para ello puede indicar al Registro de la Propiedad su derecho como acreedor a poseer el título y a su entrega, lo que, sin embargo, no es preceptivo hasta que el título esté plenamente constituido.

2) *Título a la orden*

La transmisión de la cédula hipotecaria emitida como título a la orden se rige por las disposiciones legales generales para los títulos a la orden. La transmisión de los derechos incorporados al título requiere el endoso y la entrega del título. Por ello las partes deben celebrar un «contrato de transferencia» real (es decir, el acuerdo acerca de la transmisión de la propiedad,

en el cual la voluntad del transmitente se manifiesta a través de la forma del endoso).

Con arreglo al artículo 869, párrafo 2.º, del Código Civil suizo debe hacerse constar en el título el nombre del adquirente. Consecuencia de ello es que no es posible la transmisión a través de un endoso en blanco.

3) *Cesión*

Junto a ello es también posible la cesión del crédito incorporado al título mediante el correspondiente contrato de cesión (con arreglo a las disposiciones legales) y la entrega del título. La cesión, sin embargo, no implica ni la exclusión de las excepciones ni tampoco una eficacia legitimadora completa.

4) *Pignoración*

A) Importancia

La pignoración de los títulos valores tiene una gran importancia en Suiza, pues partes importantes de los patrimonios se encuentran incorporados a títulos valores, los Bancos llevan a cabo ellos mismos la negociación de los títulos y el derecho de prenda sobre títulos valores es de fácil realización.

La pignoración de títulos de garantía real, de gran importancia en la práctica y que recibe el nombre de «negocio hipotecario indirecto», tiene una gran relevancia en los supuestos de cédula hipotecaria de propietario y sirve tanto para el aseguramiento de varias relaciones crediticias como «segunda hipoteca» como para el aseguramiento de créditos, como, por ejemplo, créditos para la construcción. Los créditos bancarios asegurados con derecho de prenda mobiliaria pertenecen a los negocios más frecuentes de la Banca (desde la posición activa). La importancia de la cédula hipotecaria varía, sin embargo, de un Banco a otro.

Con arreglo al artículo 17, párrafo 2.º, de la Ley Federal de 8 de noviembre de 1934 sobre Bancos y Cajas de Ahorros, un Banco «no puede pignorar un derecho de prenda mobiliaria por un importe superior al que él puede exigir a su deudor de dicha prenda mobiliaria. Debe incluso velar porque no se constituyan derechos a favor de terceros sobre dicha prenda mobiliaria por un importe superior». Con arreglo al artículo 33, párrafo 1.º, del Reglamento del 17 de mayo de 1972, que desarrolla la Ley de Bancos y Cajas de Ahorros, un Banco «está obligado, una vez satisfecha la deuda que garantiza la prenda, a devolver de inmediato el título al pignorante con el carácter de libre».

B) Cédula hipotecaria de propietario

La pignoración de una cédula hipotecaria de propietario puede tener lugar en dos formas: Pignoración como título valor (con arreglo al art. 901 del Código Civil) o pignoración a través de la cesión (art. 900 de dicho Código). El objeto del derecho de prenda no es el inmueble gravado, sino el crédito incorporado al título y asegurado con el derecho real de garantía (en forma abstracta), de tal forma que se trata de un derecho de prenda sobre un crédito. O dicho de otra forma: en la pignoración como título valor (en los títulos a la orden mediante el endoso) el objeto del derecho de prenda es la cédula hipotecaria como título valor, mientras que en la pignoración a través de la cesión (sin endoso en los títulos a la orden) lo es el crédito incorporado a la cédula hipotecaria.

La pignoración como título valor es la más frecuente en la cédula de propietario. Exige un contrato de prenda (no sujeto a formalidades especiales) entre el acreedor pignoraticio y el pignorante, así como la entrega del título (en títulos al portador con arreglo al art. 901, párrafo 1.º, del Código Civil, y en títulos a la orden con arreglo al art. 901, párrafo 2.º, de dicho Código que exige el endoso), lo que puede ser sustituido por la tradición ficticia. No se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, sí es posible la inscripción del acreedor en el Registro de Acreedores, lo que trae como consecuencia la obligación para el Registro de la Propiedad de poner en conocimiento del acreedor pignoraticio las notificaciones legalmente previstas.

Si se desea que el acreedor pignoraticio disfrute del derecho de prenda de inmediato, puede indicarse al encargado del Registro de la Propiedad que retenga el título para el acreedor pignoraticio, de tal forma que éste adquiera el derecho de prenda desde el momento de la constitución de la cédula hipotecaria.

En la práctica, los Bancos suelen pactar que la pignoración incluya no sólo el capital de la cédula, sino los intereses de los tres últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente e, incluso, también de intereses futuros. La opinión mayoritaria estima que este tipo de cláusulas son admisibles.

Si la pignoración de la cédula hipotecaria de propietario se quiere efectuar a través de la cesión, se requiere un contrato de prenda escrito y la entrega de la cédula hipotecaria de propietario al acreedor pignoraticio.

C) Ventajas de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario

Una ventaja especial es que para la constitución de un derecho de prenda mobiliaria sobre una cédula hipotecaria es suficiente un contrato sin

sujeción a forma especial y no se exige una escritura pública (a diferencia de los supuestos de constitución de un derecho de garantía directo a favor del acreedor).

Con arreglo al artículo 795, párrafo 2.º, del Código Civil suizo, «las disposiciones cantonales pueden establecer el límite máximo del tipo de interés admisible en los créditos garantizados con un derecho de garantía sobre inmueble». Por lo demás, las partes contratantes pueden establecer el tipo de interés (art. 795, párrafo 1.º, del Código Civil), siempre que se respeten los límites de la Ley de Usura. Algunos cantones han hecho uso de esta posibilidad de establecer límites máximos al tipo de interés.

Sin embargo, este límite afecta sólo a los créditos garantizados con un derecho de garantía real inmobiliaria y, por tanto, no para el supuesto de aseguramiento a través de un derecho de prenda mobiliaria sobre una cédula hipotecaria. La cuestión acerca de si la competencia de los cantones (con arreglo al art. 795, párrafo 2.º, del Código Civil) incluía también los créditos garantizados con derecho de prenda mobiliaria fue contestada negativamente por la jurisprudencia y por la doctrina dominante. De ahí que a través de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario puede evitarse el límite en el tipo de interés, lo que en la práctica ha sido utilizado. Sin embargo, esta finalidad obtenida a través del consiguiente rodeo de la norma no puede ser tampoco excesivamente importante. Pues la posibilidad de pignorar una cédula hipotecaria no modifica el hecho de que dicha cédula esté sometida al límite en el tipo de interés pactado en el momento de su constitución, a no ser que el límite se haya introducido tras la constitución de la cédula. En la práctica, sin embargo, es norma que en la pignoración se garantice un interés superior al primitivo, que queda garantizado en el derecho de garantía real inmobiliaria.

Además, acudiendo al derecho de prenda mobiliaria sobre títulos hipotecarios, determinados Bancos pueden evitar algunas limitaciones que tienen en sus actividades: así, por ejemplo, los Bancos comerciales no pueden realizar negocios en el ámbito del crédito hipotecario, de tal forma que acuden al «negocio hipotecario indirecto». Determinados Bancos tienen límites en relación a los créditos, garantizados directamente con derechos de garantía real inmobiliaria. Los créditos que superen estos límites, sin embargo, pueden ser asegurados a través de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario.

La constitución de un derecho de prenda mobiliaria sobre una cédula hipotecaria de propietario tiene también ventajas en el supuesto de realización de la garantía, pues la realización del derecho de prenda mobiliaria es más fácil que la de un derecho de garantía real inmobiliaria.

En el supuesto de que un inmueble gravado con una cédula hipotecaria sea objeto de venta forzosa o se vea afectado por una quiebra, el titular de

un derecho de prenda sobre la cédula hipotecaria puede dirigirse directamente contra el inmueble, de tal forma que el crédito garantizado con el derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula hipotecaria tiene la consideración de una carga directa sobre el inmueble.

Las partes pueden pactar el derecho de realización privada del derecho de prenda, de tal forma que el acreedor pueda enajenar directamente la cédula hipotecaria. Los Bancos suelen pactar en los contratos de prenda la posibilidad de elegir en el supuesto de realización del derecho de prenda entre la enajenación a través de la correspondiente venta con arreglo a las disposiciones legales o a través de la venta privada. La posibilidad de pactar la venta privada es reconocida hoy por la Ley. La venta privada, sin embargo, queda excluida en el supuesto de que el pignorante haya caído en quiebra o concurso o el inmueble gravado sea objeto de una venta forzosa.

Incluso se admite como válida la «entrada del propio acreedor» en el supuesto de venta privada, y no se considera que choque con la prohibición de la venta decomiso (art. 894 del Código Civil). Sin embargo, en todo caso el acreedor pignoraticio, una vez cobrado el precio del crédito garantizado, debe devolver el exceso al pignorante.

D) Riesgos de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario

Quien adquiera una cédula hipotecaria en un proceso de ejecución tiene la posición de un acreedor hipotecario plenamente legitimado, de tal forma que puede exigir el valor de la garantía tras la denuncia de la cédula hipotecaria. La Sentencia de la Sección 2.^a de lo Civil del Tribunal Federal Suizo del 13 de abril de 1989 estableció la independencia del crédito garantizado con la pignoración de una cédula hipotecaria en relación al crédito (abstracto) garantizado con el derecho real de garantía inmobiliaria, aunque con ello pueda causarse un perjuicio al deudor.

En el supuesto contemplado por el Tribunal Federal, un Banco había concedido a su cliente una cuenta de crédito con un límite de 475.000 francos suizos. En garantía de ello el cliente pignoró a favor del Banco una cédula hipotecaria de propietario constituida sobre un inmueble por un valor de 260.000 francos suizos. Cuando el Banco realizó la prenda a través del correspondiente procedimiento, subastó por un importe de 1.000 francos suizos la cédula hipotecaria, convirtiéndose así en poseedor de la misma. Posteriormente denunció la citada cédula hipotecaria. Al no obtener el pago promovió el correspondiente procedimiento de realización de la cédula hipotecaria. El inmueble fue subastado. El Banco obtuvo una cantidad de 290.000 francos suizos. Posteriormente el banco denunció la cuenta de crédito y exigió del cliente el pago de 400.000 francos suizos, incluidos los

intereses. La cuestión discutida era si los 290.000 francos que había obtenido deberían reconocerse como parte del pago de la devolución de la deuda derivada de la cuenta de crédito.

El Tribunal Federal establece que es indiscutible que el acreedor pignoraticio de una cédula hipotecaria de propietario sólo adquiere un derecho de prenda sobre la cédula hipotecaria, pero no el crédito incorporado a la misma, pues dicho crédito no puede surgir en tanto que el propietario sea a la vez acreedor y deudor de dicho crédito, sino, por el contrario, sólo cuando se produce la realización de la prenda mobiliaria o cuando se produce la transmisión de la propiedad del título de la cédula hipotecaria. Si un acreedor pignoraticio adquiere a través del correspondiente procedimiento de realización el crédito incorporado al título, puede también exigirlo.

El Tribunal Federal se plantea si debe seguirse la opinión minoritaria en la doctrina de que el acreedor a cuyo favor se pignoró una cédula hipotecaria de propietario sólo tiene un derecho de garantía real inmobiliaria. Pues en el supuesto examinado el Banco adquirió la propiedad de la cédula hipotecaria pignorada a través del correspondiente procedimiento de realización y por ello se convirtió en acreedor del crédito incorporado al título y garantizado con el derecho de garantía real inmobiliaria. Si este derecho se exige posteriormente lo adquirido en dicho procedimiento, no debe sumarse al crédito para cuya seguridad se pignoró la cédula hipotecaria, pues ambos créditos son independientes uno de otro. Pues no se está en presencia de una transmisión fiduciaria de la cédula hipotecaria (salvo el correspondiente acuerdo específico a este respecto), sino sólo ante una pignoración.

Por ello el Tribunal Federal estima que «el resultado, que en esencia permite al acreedor negarse a sumar lo obtenido como consecuencia de la realización del derecho de garantía real inmobiliaria al crédito garantizado a favor de él», no puede evitarse ni con la aplicación de las disposiciones legales ni con la analogía, sino en todo caso debe ser el legislador quien corrija esta situación jurídica injusta.

Sin embargo, el Tribunal Federal sí hizo la observación de que finalmente, al haber imputado el Banco el resultado obtenido como consecuencia de la realización del derecho de garantía real inmobiliaria a la cuenta corriente del deudor, reconocía que el resultado de la realización de dicho derecho de garantía real inmobiliaria debía sumarse al crédito que tenía garantizado a su favor.

Esta sentencia del Tribunal Federal ha sido considerada desacertada por la práctica crediticia suiza. Se considera que el Tribunal Federal tenía la obligación de haberse pronunciado por la obligación de sumar las cantidades, pues la conexión existente entre las garantías subsistía aun después de la realización del derecho de prenda mobiliaria y esto podía haberse alegado como excepción por el deudor. Pues la pignoración no persigue un fin en

sí misma. Por el contrario, un derecho de prenda se constituye sobre una cédula hipotecaria para garantizar un crédito. A través de esta sentencia existe el riesgo de que los Juzgados no acepten en el futuro el acuerdo para la entrada del propio acreedor. Por ello una realización a través de un procedimiento privado sólo sería posible cuando se acepte la obligación de sumar las cantidades, pues en caso contrario se produciría la violación de la prohibición de la venta decomiso. Los Bancos suizos, sin embargo, en la práctica se sujetan a esta norma y suman lo obtenido en uno u otro procedimiento.

E) Accesoriedad

A través de la constitución de un derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula hipotecaria, se establece una conexión directa entre el crédito asegurado y la garantía (derecho de prenda) constituida, pues el derecho de prenda mobiliaria es de naturaleza fuertemente accesorio. Para el supuesto de extinción del crédito, se extingue también el derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula hipotecaria. La cédula hipotecaria subsistiría como tal.

5) Transmisión en garantía

Aunque la transmisión en garantía (en forma no accesorio) no aparece regulada expresamente en el Código Civil suizo, la jurisprudencia y la doctrina suiza la admiten. Sin embargo, y con arreglo al artículo 717, párrafo 1.º, del Código Civil, «la transmisión de la propiedad no es eficaz frente a terceros» cuando la cosa permanece en manos del propietario como consecuencia de una especial relación jurídica y con ello se intenta causar un perjuicio a tercero o evitar las disposiciones sobre la prenda mobiliaria. Como consecuencia de ello la transmisión en garantía no produce efectos en cuanto a tercero si se conserva la posesión, pero sí en el supuesto de producirse la transmisión en garantía con entrega de la posesión.

La transmisión en garantía tiene gran importancia en la práctica bancaria, singularmente en las transmisiones de títulos garantizados con derechos de garantía real inmobiliaria y especialmente en las de cédulas hipotecarias. Para ello se transmite el título como garantía, de tal forma que el acreedor adquiere la plena propiedad del mismo. Con ello adquiere la posición jurídica de un acreedor hipotecario normal.

La transmisión de los títulos se produce en los supuestos de títulos al portador (art. 869, párrafo 1.º, del Código Civil) con la entrega del título, y en títulos nominativos con el endoso (art. 869, párrafo 2.º), endoso que

con arreglo al citado precepto ha de ser un endoso pleno. El artículo 869 del Código Civil no menciona el correspondiente acuerdo real sobre la transmisión de la propiedad, pero ha de sobreentenderse.

Si en el momento del acuerdo sobre la garantía todavía no se ha emitido la cédula hipotecaria, el artículo 799, párrafo 2.º, del Código Civil suizo exige el correspondiente contrato de prenda en documento público, dado que el adquirente de la garantía tiene desde un punto de vista externo la plena posición del acreedor hipotecario. Sin embargo, la propiedad (en garantía) sobre la cédula hipotecaria sólo surge cuando ésta ha sido emitida formalmente y el adquirente de la garantía ha obtenido la posesión. Dado que el adquirente de la garantía es acreedor hipotecario, puede hacer valer sus derechos incluso en el período de tiempo entre la inscripción de la cédula hipotecaria en el Registro de la Propiedad y la transmisión de la propiedad del título (art. 799, párrafo 1.º, y 856, párrafo 2.º, del Código Civil).

El contrato de garantía puede incluir el pacto de que el crédito garantizado en la cédula hipotecaria pueda exigirse en las mismas condiciones y por la misma cuantía que el crédito asegurado. El «acuerdo de garantía», que no requiere forma especial, constituye, por un lado, la causa de la transmisión de la propiedad de la cédula hipotecaria, y determina, por otro, los derechos y obligaciones de los contratantes. Si la deuda, para cuya seguridad se transmitió la cédula hipotecaria, no es satisfecha a su debido tiempo, el acreedor puede con arreglo al contrato de garantía exigir su satisfacción con la cédula hipotecaria, de tal forma que permanezca como propietario definitivo de la misma. Puede conservar la cédula hipotecaria o proceder a su venta.

Se discute si la prohibición de pacto de comiso del artículo 894 del Código Civil suizo es aplicable a la transmisión en garantía, y como consecuencia de ello si el acreedor debe devolver al deudor el exceso obtenido con la venta. A pesar de que el Tribunal Federal rechaza la aplicación del artículo 894 del Código Civil a la transmisión en garantía y concede al transmitente de la garantía sólo un derecho de impugnación, la mayoría de los Bancos establecen en las condiciones generales de sus contratos la obligación de la devolución del exceso.

c) *Extinción*

Dado el carácter abstracto de la cédula hipotecaria, la extinción del crédito para cuya garantía se emitió no determina la extinción de la cédula hipotecaria (art. 863, párrafo 1.º, del Código Civil suizo). Por el contrario, es necesaria su anulación. Esto exige la cancelación de la inscripción regis-

tral (art. 801, párrafo 1.º del Código Civil). Para ello el artículo 864 del Código Civil exige que el título «pierda eficacia» o sea declarado sin eficacia por el Juez. El acreedor y el propietario del inmueble debe consentir la cancelación. Es igualmente exigible el consentimiento del tercero a cuyo favor se haya pignorado el título.

El deudor puede también exigir del acreedor la devolución del título devenido ineficaz (art. 873 del Código Civil). Esto es necesario cuando quiera utilizarlo para un nuevo contrato crediticio. Tampoco los pagos parciales afectan en esencia a la existencia y contenido de la cédula hipotecaria. Sin embargo, el deudor puede exigir con arreglo al artículo 847, párrafo 1.º y 2.º del Código Civil que la suma incorporada (inscrita) al título sea reducida y con ello se obtenga una «cancelación parcial del derecho de prenda o una ineficacia parcial del título», o cuando menos que el pago parcial se haga constar en el Registro de la Propiedad y en el título, de tal forma que se produzca la correspondiente modificación del título.

9. MODIFICACIÓN DEL CRÉDITO

A) La variación del crédito en una cédula hipotecaria es posible al ser ésta independiente del crédito garantizado. Por ello puede establecerse en el contrato de garantía, o en el contrato de prenda, que la cédula hipotecaria ha de garantizar todos los créditos del banco frente al deudor, incluso los que se pacten en contratos futuros. Así, una modificación del crédito es posible tanto en el supuesto de transmisión de la garantía como en el caso de pignoración.

B) La modificación del crédito exige sin embargo que el deudor renuncie frente al acreedor a la excepción de reembolso, es decir, que haga la declaración (no sujeta a forma especial) de que no hará uso con arreglo al artículo 874, párrafo 1.º y 2.º del Código Civil de su derecho de reducir la suma garantizada o de hacer constar en el título la correspondiente observación.

C) No resulta problemático el cambio del crédito cuando la cédula hipotecaria se ha constituido a favor del Banco, en garantía de un crédito. No obstante, en este supuesto se extingue el crédito con arreglo al artículo 855, párrafo 1.º, del Código Civil suizo. Sin embargo, en este caso suele hacerse efectivo el pacto, contenido normalmente en el contrato de garantía, de que la cédula hipotecaria asegurará todos los créditos del Banco frente al deudor.

Se plantean, sin embargo, dificultades en los supuestos en que se haya pactado contractualmente el «derecho de corrimiento» a favor de los acreedores posteriores en el rango, es decir, que tras el pago del crédito garan-

tizado éstos puedan «correrse» en el rango de la cédula hipotecaria. Sin embargo, «este derecho de corrimiento» tiene en la práctica cada vez menos importancia, pues los acreedores posteriores otorgan poca importancia a la concesión de este derecho. Pues para ellos es difícil conocer cuándo el crédito ha sido satisfecho. Además, la cédula hipotecaria puede ser adquirida por un tercero de buena fe, que no tiene que respetar este «derecho de corrimiento».

10. ACUMULACIÓN DE CRÉDITO

En la acumulación de créditos subyace un acuerdo sobre un nuevo crédito. Dado el carácter no accesorio de la cédula hipotecaria suiza, ésta puede garantizar también el nuevo crédito. Para ello no es necesario elevar la suma de la cédula hipotecaria, pues los pagos ya realizados no han disminuido dicha suma. La concesión de un nuevo crédito influye solamente en la relación personal entre el acreedor y el deudor. Pues el contrato de garantía no tiene por qué ser modificado o complementado si incluye el acuerdo, lo que es normal, de que garantizará todos los créditos, incluso los derivados de contratos futuros.

Se plantean problemas en la acumulación de créditos en el supuesto de que la cédula hipotecaria haya sido «reducida», pues se requerirá el consentimiento de los acreedores posteriores en rango para su «elevación». Lo mismo sucede en el supuesto de que se pretenda «elevar» la suma originaria de la cédula hipotecaria y también en el supuesto en que se hubiese concedido a un acreedor posterior en el rango un «derecho de corrimiento».

11. NUEVA UTILIZACIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Federal suizo ha reconocido la posibilidad de que a través del correspondiente acuerdo (no sujeto a formalidades especiales) un nuevo crédito pueda ocupar el lugar de otro ya satisfecho y con ello quedar garantizado con el derecho de garantía real inmobiliaria. Presupuesto de ello, sin embargo, es la renuncia a la excepción de pago.

12. CONVERSIÓN

También en el supuesto de conversión (reembolso) puede la cédula hipotecaria ser utilizada como medio para garantizar un nuevo crédito.

A) Ello es posible a través de la transmisión de la cédula hipotecaria

del antiguo al nuevo acreedor, lo que en el supuesto de cédulas hipotecarias nominativas tiene lugar mediante el endoso, y en cédulas hipotecarias al portador a través del correspondiente acuerdo y la entrega.

B) Si el primer acreedor sólo es titular de un derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula, puede tener lugar la conversión a través de «un cambio de acreedor», ofreciendo un nuevo acreedor el valor del crédito, para que pueda ser satisfecho el crédito anterior. Para su seguridad se establece un nuevo derecho de prenda sobre la cédula hipotecaria, lo que exige un nuevo contrato de prenda. En la práctica el título pignorado suele ser transmitido directamente de un Banco a otro. Aquí no juegan los derechos de restitución de acreedores posteriores, pues con anterioridad sólo se constituyó un derecho de prenda, y por eso no se ha producido una modificación de la posición jurídico-material del poseedor de la cédula hipotecaria.

También es posible la «adquisición» del crédito asegurado a través de un contrato entre el adquirente y el anterior acreedor, de tal forma que el derecho de prenda permanezca y se adquiera también siempre que el pignorante consienta la transmisión de la deuda (subrogación). En este supuesto, sin embargo, el nuevo acreedor queda sujeto a las excepciones del deudor frente al primitivo acreedor derivadas del contrato de préstamo y vinculado por sus estipulaciones.

C) Debe observarse que en el supuesto de pago parcial de la deuda garantizada el rango que ocupaba esta deuda parcialmente liberada no puede ser nuevamente gravada si no es con consentimiento del primitivo acreedor pignoraticio parcialmente satisfecho.

13. ASEGURAMIENTO DE UNA LÍNEA DE CRÉDITO

A) Una cédula hipotecaria puede también ser utilizada para asegurar una línea de crédito, pues no le afectan las modificaciones del crédito asegurado dado su carácter no accesorio. Para ello se constituye por una suma superior al crédito inicial. En relación a los intereses, constituye una práctica habitual, aceptada además con carácter general, que los intereses asegurados con un título de este tipo lo son mediante la fijación de un tipo máximo de interés en lugar de un tipo fijo. En estos supuestos, la cédula hipotecaria puede ser constituida directamente a favor del Banco. Sin embargo, es frecuente también que una cédula hipotecaria de propietario se pignore o se transmita al Banco para garantizar una línea de crédito.

B) Para estos fines en la práctica se utiliza mucho menos (al menos en el cantón de Zürich) la hipoteca de máximo, igualmente posible en este supuesto.

14. FINANCIACIÓN POR TRAMOS

Con arreglo al artículo 818, párrafo 2.º, del Código Civil, «el interés pactado inicialmente... no puede elevarse por encima de un 5 por 100 en perjuicio de acreedores hipotecarios posteriores». Para la elevación por encima de este porcentaje se requiere el consentimiento de los acreedores posteriores.

Los Bancos suizos suelen establecer un tipo de interés variable, y para ello el Banco establece unilateralmente el tipo de interés (en relación al mercado del dinero o de capitales). Se establece un tipo máximo como «tipo máximo de interés» y se hace constar en la cédula hipotecaria y en el Registro de la Propiedad. Si el tipo de interés se eleva por encima de este máximo pactado, se requiere el consentimiento de los acreedores posteriores siempre que el tipo deseado supere el 5 por 100.

También en el supuesto de derecho de prenda mobiliaria puede pactarse un tipo de interés máximo, que será vinculante para el deudor y para el adquirente si es inferior a aquel que se establece en la cédula hipotecaria. Si falta un acuerdo en este sentido, se plantea la duda de si junto al capital se deben o no intereses.

15. ASEGURAMIENTO DE UN CRÉDITO CONSORCIAL

La concesión de un crédito consorcial garantizado con un derecho de garantía real inmobiliaria no es frecuente en Suiza, quizá porque suelen ser muy escasos los grandes créditos para financiar proyectos importantes.

El medio de garantía en estos escasos supuestos es la cédula hipotecaria. Esta se constituye a favor del Director del Consorcio (el Banco Director de Crédito), que para el supuesto de impago realiza como fiduciario la cédula hipotecaria y distribuye el resultado internamente. También es posible la constitución de la cédula hipotecaria a favor de todos los acreedores consorciales conjuntamente. Incluso podría pensarse en la constitución de cédulas hipotecarias individuales a favor de cada uno de los acreedores, lo que desde un punto de vista de los costes (en relación a los impuestos de constitución) no plantearía diferencia alguna, pues estos impuestos se rigen por el importe de la deuda.

El aseguramiento a través de un derecho de garantía real inmobiliaria puede llevarse a cabo también a través de una hipoteca, en cuyo supuesto un Banco concede el crédito y se refinancia a través de otros Bancos.

16. FINANCIACIÓN INTERMEDIA

A) El «crédito a la construcción» opera en Suiza normalmente a través del siguiente proceso: El propietario ingresa parte de su propio capital en un Banco en una cuenta corriente para la construcción, y este Banco con ello paga las prestaciones realizadas por terceros para la construcción. Una vez que el propio capital se agota, el Banco continúa realizando los pagos con cargo al crédito para la construcción, que es un crédito a corto plazo sólo hasta la terminación de la obra y con un tipo alto de interés. Entonces este crédito se satisface a través de un crédito hipotecario a largo plazo, con un tipo de interés más bajo e hipotecariamente con naturaleza de crédito de primer rango. Esto significa que durante la construcción se concede un crédito cuya cuantía varía y posteriormente se libera (satisface) a través de un crédito a la construcción mediante el correspondiente contrato. Ambos créditos son concedidos por el mismo Banco. La participación de otro Banco como financiador intermedio no es habitual en Suiza.

Hasta hace pocos años era usual que el crédito a la construcción estuviese asegurado durante el período de la construcción con un contrato de hipoteca en forma de hipoteca de máximo que, normalmente, se liberaba (satisfacía) a través de una cédula hipotecaria nominativa. Para ello era necesario acudir dos veces al Notario y al Registro de la Propiedad, lo que producía los consecuentes costes. Además, la cédula hipotecaria nominativa era menos flexible; así, por ejemplo, en el supuesto de pago parcial anticipado no podía servir para garantizar otros créditos.

Por ello la práctica crediticia acudió a la garantía a través de cédulas hipotecarias. Para ello se transmite al Banco la cédula hipotecaria una sola vez para la correspondiente garantía. En el contrato de aseguramiento se establece que la cédula hipotecaria ha de asegurar ambos créditos sucesivamente.

B) Bajo determinadas condiciones, puede también pensarse que la financiación intermedia pueda asegurarse con cédulas hipotecarias aun en el supuesto de intervención de diversos institutos de crédito. Por razones de costes, y no sólo para evitar una novación, podría pensarse en la cédula hipotecaria del propietario. Para ello la cédula hipotecaria de propietario debería transmitirse en el momento de la concesión del crédito intermedio al concedente de dicho crédito y después ser transmitida por éste al financiador final. O bien la cédula hipotecaria de propietario se transmite al financiador final, quien la posee como fiduciario del financiador intermedio, o bien constituye un derecho de prenda a favor de éste o se la transmite en garantía de su crédito, y finalmente se vuelve a transmitir al financiador final.

17. ASEGURAMIENTO DE PRESTACIONES ACCESORIAS

Las prestaciones accesorias pueden ser garantizadas con una cédula hipotecaria al ser ésta independiente de las prestaciones aseguradas. Para ello es necesario la ampliación del contrato de garantía o, en su caso, del contrato de prenda.

18. PRÉSTAMOS GLOBALES

No existe en este punto una disposición legal especial en Suiza. Normalmente el empresario general cierra los contratos de venta con los consumidores finales antes de la terminación del inmueble. Sin embargo, una adquisición real no se produce hasta la terminación del mismo. Entonces el derecho real de garantía inmobiliaria conjunto constituido para asegurar la financiación del empresario general (por ejemplo, una cédula hipotecaria) se extiende a los diferentes inmuebles. El Banco que financia al consumidor final paga cuando ha sido adquirido el inmueble.

Tras el completo pago del precio de compra se produce un levantamiento de la garantía, para lo cual se requiere el consentimiento del acreedor, que ha de manifestar que está de acuerdo con la liberación del deudor. Esto se hace constar en el título (cédula hipotecaria) y en el Registro de la Propiedad (a través de la correspondiente cancelación). El contrato de compra podría también pactarse con la condición de que el Banco que financió al empresario general entregue el objeto gravado libre de cargas. El consentimiento para el levantamiento de la garantía podría obtenerse también mediante el abono del precio de la compra en la cuenta del empresario general en el Banco.

El crédito al comprador se asegura con una nueva cédula hipotecaria. Esto, en parte, se debe (al menos en el cantón de Zürich) a que los costes de constitución de una cédula hipotecaria son escasos si vienen a sustituir a un derecho de garantía real inmobiliaria que se extingue.

Jurídicamente también podría admitirse la constitución de diversas cédulas hipotecarias sobre los diferentes inmuebles (es decir, tras la división) y la transmisión de las cédulas hipotecarias para asegurar la financiación de los adquirentes.

19. RESERVA DE UNA POSICIÓN DE RANGO VENTAJOSA

A través de la constitución de una cédula hipotecaria de propietario, el propietario puede reservarse un rango preferente.

Otra posibilidad para reservar el rango viene dada por la «reserva del lugar no ocupado (vacío) de la carga» (también denominada «Vorgang»). Mediante la inscripción de un «Vorgang» en el Registro de la Propiedad con arreglo al artículo 813, párrafo 2.º, del Código Civil suizo, y artículos 48 y 40 del Reglamento del Registro de la Propiedad, puede conseguirse la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria de rango posterior sin necesidad de previa existencia de uno de rango anterior; pero, sin embargo, de esta reserva de la posición de la carga debe determinarse su ámbito con exactitud y, según la opinión general de la doctrina, también debe ser inscrito un determinado tipo de interés para el supuesto de que con posterioridad se desee constituir una hipoteca de capital. En la práctica, sin embargo, no es frecuente la inscripción de un «Vorgang». En todo caso, puede tener sentido en el supuesto de que aún no esté determinado el importe de una cédula hipotecaria que se vaya a emitir.

20. OCULTAMIENTO DE LA PERSONA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Si la cédula hipotecaria se emite como un derecho de garantía real inmobiliaria de propietario, puede mantenerse oculta la persona del acreedor. Pues la transmisión del título se produce fuera del Registro de la Propiedad. La inscripción o constancia en el Registro del cambio de acreedor no es obligatoria. Sin embargo, puede llevarse a cabo en el Registro de Acreedores y hacerse constar así en las observaciones en el Registro de la Propiedad. El principio de la buena fe protege con arreglo a las normas reguladoras de los títulos valores si la cédula hipotecaria se ha transmitido como tal título valor.

Si la cédula hipotecaria se constituye directamente a favor del acreedor, debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad en nombre de dicho acreedor. Sin embargo, si con posterioridad se transmite la cédula hipotecaria sin hacer constar tal circunstancia en el Registro de Acreedores, el nuevo acreedor permanece oculto.

21. HIPOTECA EN DIVISAS EXTRANJERAS

La inscripción de una hipoteca en divisas extranjeras no está permitida, pues con arreglo al artículo 794, párrafo 1.º, del Código Civil suizo, en la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria debe determinarse su importe en moneda nacional. Una cédula hipotecaria debe como consecuencia de ello emitirse solamente en francos suizos.

Sin embargo, la naturaleza abstracta de la cédula hipotecaria permite la

constancia en la cédula hipotecaria de un importe superior en francos suizos para cubrir el riesgo del cambio. En el contrato de aseguramiento puede entonces pactarse que este importe superior sirva para el aseguramiento de los cambios de valor.

22. EJECUCIÓN FORZOSA

Si el acreedor tiene un derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula hipotecaria, puede en su caso utilizar el procedimiento para la realización de un derecho de prenda mobiliaria. Si la cédula hipotecaria se constió directamente a favor suyo o se le transmitió como garantía, puede utilizar el procedimiento de ejecución hipotecaria. Ambos procedimientos están regulados en los artículos 151 a 158 de la Ley Federal sobre realización de deudas y concurso de 11 de abril de 1889, en la redacción de 28 de septiembre de 1949.

A) *Realización de la prenda mobiliaria*

El procedimiento se inicia con una solicitud del acreedor (normalmente en un formulario) dirigida al Tribunal competente, en la que debe expresarse la suma del crédito asegurado y la prenda (objeto pignorado). Los acreedores pignoratícios posteriores deben ser notificados. Con arreglo al artículo 51, párrafo 2.º, de la Ley antes citada, la instrucción en relación a créditos asegurados hipotecariamente sólo puede tener lugar allí donde radique el inmueble hipotecado. La expresión hipotecado, o garantizado con hipoteca, abarcan tanto la obligación garantizada con hipoteca (incluida hipoteca naval) como la cédula hipotecaria y la Gült (art. 37, párrafo 1.º, de la Ley).

A continuación el Tribunal (sin prueba acerca de la situación jurídico material) extiende una orden de pago con arreglo a la cual el deudor se ve obligado a pagar en el plazo de veinte días o presentar en el plazo de diez días «una proposición en derecho» (excepción) (arts. 152 y 69 de la Ley). Igualmente se comunica la orden de pago a un tercero que sea propietario.

Si la «propuesta en derecho» se presenta, el acreedor puede en el plazo de un año pedir el levantamiento de dicha propuesta para su supresión; después de un año se extingue la orden de pago (art. 154, párrafo 2.º, de la Ley).

Una «supresión definitiva» (de las excepciones) es posible si, por ejemplo, existe una sentencia firme en relación al crédito. Si la solicitud es estimada, puede continuar el procedimiento. En caso contrario la pretensión debe ser resuelta en el procedimiento ordinario correspondiente.

Si el crédito está recogido en un reconocimiento escrito de deuda o ha sido constituido en un documento público, se establece una «apertura provisional del procedimiento» si el deudor no demuestra la validez de sus excepciones. En este caso debe proponer la correspondiente excepción para el no reconocimiento del crédito, pues en caso contrario la apertura provisional se convierte en definitiva y puede tener lugar el procedimiento de realización.

Para la realización debe dirigirse una solicitud de realización al Juzgado competente. El tiempo de realización de una prenda mobiliaria oscila entre un mínimo de un mes y un máximo de un año tras la orden de pago, sin que en estos plazos se cuenten los correspondientes al supuesto de interponerse excepciones.

Los bienes muebles son enajenados por el Juzgado competente en un plazo mínimo de diez días y máximo de un mes tras la solicitud de realización (art. 122, párrafo 1.º, de la Ley). La venta se realiza a través de una subasta pública (art. 125). El objeto subastado se adjudica tras un triple llamamiento a aquel que haga la mejor oferta, siempre que lo ofrecido supere el importe de los créditos asegurados pignoratícamente a favor de acreedores de rango anterior. Si no se produce ninguna oferta suficiente, decae la solicitud en relación a ese objeto.

La regla general es que debe satisfacerse el precio de la subasta de inmediato y en metálico. Excepcionalmente, en determinados supuestos se permite el pago en el plazo de veinte días. Para el supuesto de que no se pague en plazo, el Juzgado debe ordenar una nueva subasta y el primitivo adquirente responde en el supuesto de que quede desierta.

La subasta puede ser sustituida por una venta libre si así lo desean todos los interesados o si se trata de un título al portador.

Con lo obtenido en la subasta se satisfacen, en primer lugar, los costes del procedimiento. Posteriormente se paga a los acreedores pignoratícios. Para el supuesto de que el remate no sea suficiente para pagar a todos los acreedores, el encargado del procedimiento establece el orden en el rango de los acreedores y la participación de cada uno en un «plan de colocación» (de pago) (arts. 157, párrafo 3.º, y 146 de la Ley).

B) *Ejecución hipotecaria*

Este procedimiento es muy similar al procedimiento de realización de la prenda mobiliaria. La solicitud para la realización de la hipoteca puede dirigirse al Juzgado en un plazo mínimo de seis meses y máximo de dos años desde la orden de pago, sin que en estos plazos se cuenten los correspondientes al supuesto de interponerse excepciones.

La realización se hace a través de una pública subasta. Para ello el Juzgado establece un índice de las cargas. Aquí también sólo se admite el remate que cubra los créditos garantizados a favor de acreedores preferentes. Los derechos preferentes garantizados con un derecho real de garantía inmobiliaria subsisten. La obligación personal derivada de la cédula hipotecaria se transmite al rematante del inmueble. Los derechos vencidos de rango posterior se satisfacen con el remate en tanto exista cobertura. Los derechos no vencidos de rango posterior se satisfacen igualmente en tanto estén cubiertos por el remate. A los acreedores de estos derechos se les expide en su caso un certificado de que sus créditos no han sido cubiertos.

Este pago trae como consecuencia la subsistencia de la cédula hipotecaria y que ésta se ponga a disposición del nuevo propietario tras el pago. Los derechos que no puedan ser unidos en esta forma deben ser cancelados en el Registro de la Propiedad.

C) *Práctica*

Si se ha pignorado una cédula hipotecaria a favor del Banco, éste puede acudir al procedimiento de realización de la prenda mobiliaria, que tiene la ventaja de que puede iniciarse tres meses después de la expedición de la orden de pago. Sin embargo, en la práctica los Bancos suelen rematar ellos mismos las cédulas hipotecarias de tal forma que no adquieren dinero, sino que se convierten en poseedores de dichas cédulas. Posteriormente deben acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, para lo que tienen que esperar otros seis meses desde la nueva orden de pago, hasta la ejecución correspondiente. Por ello suele pactarse el derecho de entrada. Con arreglo a ello el acreedor pignoraticio puede «entrar» en la cédula hipotecaria y, a través de ello, el Banco adquiere la propiedad del título y el capital de la cédula hipotecaria se declara fallido. Con ello puede iniciar de inmediato el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Realmente, con arreglo al artículo 41, párrafo 1.º, de la Ley debe primero ejecutarse la responsabilidad real del inmueble antes de que pueda perseguirse la responsabilidad personal derivada de la cédula hipotecaria. Esta disposición, sin embargo, puede evitarse. En la práctica, para ello suele pactarse que el acreedor pueda elegir entre dirigirse contra el patrimonio personal del deudor o contra el inmueble. En atención a ello, y a que sólo pueden garantizarse los intereses de tres años, casi siempre se elige el camino de la ejecución forzosa del inmueble para evitar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo. Y ello fundamentalmente en los supuestos en que el deudor no tiene los medios de evitar el procedimiento de subasta pública ni siquiera con el pago.

23. CONCLUSIONES PARCIALES

La cédula hipotecaria suiza posee todas las características que requiere un moderno derecho de garantía real inmobiliaria. La constitución de una cédula hipotecaria, especialmente en los supuestos de cédula hipotecaria de propietario, es sencilla y con pocos costes. Puede ser utilizada por el acreedor en múltiples ocasiones. Como título valor puede ser pignorado o transmitido en garantía, según el propietario desee una relación accesorio entre el crédito garantizado y la cédula hipotecaria o una relación de crédito flexible. En la pignoración de una cédula hipotecaria desaparecen todos los problemas derivados de una pretensión de restitución.

III. IDONEIDAD PARA LA SOLUCION DEL PROBLEMA

A continuación se estudia la idoneidad de la cédula hipotecaria suiza para solucionar los problemas que se plantean al mercado del crédito en el ámbito del aseguramiento a través de los derechos de garantía real inmobiliaria.

1. TÉCNICAS DE ASEGURAMIENTO

Con la ayuda de la cédula hipotecaria suiza pueden solucionarse problemas que plantea la utilización de las hipotecas de naturaleza accesorio. La cédula hipotecaria subsiste aunque se modifique el crédito, con independencia de su constitución directamente a favor del Banco, o bien su transmisión en garantía o aunque el Banco la obtuviese a través de la pignoración. A través de las cláusulas que de ordinario se recogen en los contratos de aseguramiento o de prenda, que se dirigen también al aseguramiento de contratos futuros, pueden también asegurarse las acumulaciones de crédito. Pueden plantearse problemas si en el período intermedio se reduce el importe de la cédula hipotecaria o surge un derecho de corrimiento en el rango frente a acreedores posteriores. Si el deudor renuncia a la excepción del pago, es posible sin más un nuevo aseguramiento a través de la cédula hipotecaria suiza. Al poder emitirse la cédula hipotecaria como un título a la orden o al portador, puede igualmente transmitirse de forma sencilla y poco costosa. Igualmente, posee una gran movilidad, derivada fundamentalmente de la posibilidad de una transmisión en garantía o una pignoración sin grandes complicaciones. A través del correspondiente contrato de aseguramiento, la cédula puede servir para asegurar una línea de crédito.

La cédula hipotecaria puede también utilizarse para la financiación por

tramos al ser independiente el interés de la cédula hipotecaria y el interés del crédito. Dado su carácter no accesorio, es indiferente que el nuevo tramo se deba a la existencia de un nuevo crédito o simplemente a una modificación del interés. Al tener la característica de título valor, la cédula hipotecaria suiza puede ofrecer varias posibilidades para garantizar una financiación consorcial. La cédula hipotecaria suiza podría también utilizarse para el aseguramiento de una financiación intermedia al permitir diversas variaciones como consecuencia de su fácil transmisibilidad. Con ella también se pueden asegurar prestaciones accesorias, lo mismo que con una hipoteca de naturaleza accesoría. En los supuestos de endeudamiento global, la situación de Suiza desde un punto de vista del aseguramiento a través de derechos de garantía real inmobiliaria puede compararse con la situación alemana. A través de la existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria de propietario, el Derecho suizo ofrece al propietario la posibilidad de asegurar un rango para utilizarlo en garantía de créditos futuros. Una cédula hipotecaria suiza puede transmitirse con independencia del Registro y con ello mantener oculto el nombre del acreedor, incluso el del primer acreedor, si la misma se ha constituido como una cédula hipotecaria de propietario.

La constitución directa (e inscripción) de un derecho de garantía real inmobiliaria en divisas extranjeras no es posible en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos. Sin embargo, en el Derecho suizo la cédula hipotecaria puede ser utilizada para garantizar un crédito en divisas extranjeras a través del correspondiente contrato de aseguramiento, en cuyo supuesto, sin embargo, el crédito incorporado a la cédula hipotecaria debe ser expresado en francos suizos. En la cédula hipotecaria existe una acción personal y una acción real, lo que permite, en el supuesto de ejecución, utilizar diversas posibilidades. Igualmente y dado su carácter de título valor, la cédula hipotecaria permite en el supuesto de una pignoración una realización en procedimiento privado.

2. VENTAJAS DE LA «EUROHIPOTECA»

A) Si la cédula hipotecaria suiza se tomase como modelo para la «Eurohipoteca», tendría las propiedades a que se refería el memorándum de la Comisión de 5 de marzo de 1969:

Una aplicación elástica de la «Eurohipoteca» sería posible dada su naturaleza no accesoría. Con ello el acreedor tendría diversas posibilidades para la realización de su crédito. Al ser independiente del crédito (y por tanto del contrato de crédito), podría utilizarse para el aseguramiento de un gran número de créditos e, incluso, de diferentes acreedores. Tras la extinción de esos créditos, la cédula subsistiría y permitiría la existencia de

nuevos créditos sin necesidad de realizar nuevas formalidades. A través de la promesa de deuda abstracta que contiene, permitiría también el acceso directo al patrimonio personal.

Sería de fácil constitución. Su constitución, su contenido y su subsistencia serían reguladas con claridad. Especialmente en su constitución se podrían utilizar formularios.

La deseada *seguridad jurídica* se podría obtener concediendo a la «Eurohipoteca» la protección del principio positivo (o al menos del negativo) de la buena fe. Para ello sería necesaria la inscripción de la «Eurohipoteca», pues de otra forma el tercero no tendría conocimiento de la situación jurídica. La seguridad jurídica además exigiría que en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea se regulase unitariamente.

Los costes de la constitución y transmisión de la «Eurohipoteca» podrían ser escasos si se admitiese su constitución como derecho de garantía real del propietario y pudiese constituirse a través de un formulario sin intervención de Notario, como, por ejemplo, es posible en el cantón de Zürich. La intervención de un Notario en todo caso no debería exigirse obligatoriamente en aquellos lugares donde la constitución de una hipoteca no exige dicha intervención notarial, como, por ejemplo, en el Reino Unido de la Gran Bretaña y en Dinamarca. Debería quedar al arbitrio de las partes si, por ejemplo, desean la intervención de una «solicitor». Allí donde no exista un Registro de la Propiedad, sino en todo caso un Registro para hechos reales jurídicos (por ejemplo, en Francia), podría introducirse una observación notarial acerca del rango real que le corresponde. Esto en todo caso debería ser facultativo para el acreedor, quien podría exigirlo cuando estimase que no es suficiente en estos lugares la constatación registral a través del correspondiente encargado del Registro. En todo caso, en la transmisión de la «Eurohipoteca» no debería exigirse ni la intervención del Notario ni la inscripción en el Registro para obtener los correspondientes efectos en cuanto a tercero. Las muchas iniciativas llevadas a cabo en diversos Ordenamientos jurídicos para facilitar la transmisibilidad de los créditos garantizados con derechos reales de garantía inmobiliaria muestran claramente el interés existente en encontrar fórmulas de transmisión sencillas y no costosas. A través de la conexión de las acciones reales y personales en el título valor, ambas se pueden transferir juntas sin problema. En atención a la naturaleza no accesoria debería tenderse a que la fácil transmisibilidad de una «Eurohipoteca» se extendiese también al crédito garantizado.

B) Una especial ventaja de la «Eurohipoteca» es que permitiría utilizar su valor asegurador en tres diferentes posibilidades. Podría constituirse directamente a favor del concedente del crédito, transmitírsela en garantía (en tanto el correspondiente Ordenamiento jurídico permita la transmisión

en garantía) o pignorar a su favor. Con ello el concedente del crédito también tendría la posibilidad de establecer una accesoriedad entre el crédito asegurado y el bien sobre el que se constituye la garantía si así lo desea y si asume el inconveniente que la constitución de las garantías es menos flexible. Es también decisivo que la «Eurohipoteca» subsiste en todos aquellos supuestos en que el crédito asegurado se extingue y queda a disposición de otros fines crediticios.

C) Para la utilización de la cédula hipotecaria suiza como fundamento o ejemplo de la «Eurohipoteca» existe aún otra circunstancia, como es que las disposiciones reguladoras de la cédula hipotecaria se contienen en tres idiomas (francés, italiano y alemán). Esto permitiría una simplificación en su discusión y comprensión.

3. RIESGOS DE LA «EUROHIPOTECA»

Si se decidiese por la no intervención de un Notario o del funcionario jurídico correspondiente en los respectivos países, al constituirse una Eurohipoteca podría dudarse de si el concedente del crédito tendría suficiente información acerca de las consecuencias jurídicas de la operación. Si no se exigiese la intervención de un Notario en la transmisión de la «Eurohipoteca» podría temerse su uso indebido. Sin embargo, sería de esperar que en aquellos Ordenamientos jurídicos que hasta ahora no admiten los derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza no accesorio se produjese una jurisprudencia muy estricta. Además, en todo caso el constituyente de la garantía tendría la posibilidad de elegir entre la constitución de una «Eurohipoteca» o de otro derecho de garantía real inmobiliaria (de naturaleza accesorio). Debería esperarse además que legalmente se dispusiese que el constituyente de la garantía debería estar perfectamente informado de las consecuencias jurídicas de la «Eurohipoteca», especialmente las derivadas de su carácter no accesorio. La protección de los consumidores quedaría con ello suficientemente garantizada en relación al derecho de información y claridad. No deberían exigirse formalidades excesivas (Notario e inscripción) especialmente en la transmisión de la «Eurohipoteca», pues en caso contrario se perderían sus principales ventajas, como son la flexibilidad y el reducido coste.

Además la utilización de la «Eurohipoteca» debería reservarse a los institutos de crédito, pues la supervisión estatal de los mismos haría más difícil su uso indebido, existiendo un mayor riesgo si se utilizase por personas privadas. Sería pensable además que las disposiciones legales de los diferentes Estados miembros reguladoras de las actividades de los Bancos estableciesen una disposición análoga a la del derecho suizo, prohibiendo

la transmisión posterior de la cédula hipotecaria en el supuesto de ausencia de valor.

Las consecuencias de un procedimiento de ejecución de prenda mobiliaria sorprenden en un primer momento. Sin embargo, éstas sólo se dan en el supuesto de pignoración del título valor como prenda mobiliaria. Además la situación jurídica sería la misma si el Banco adquiere el inmueble en el procedimiento de ejecución y posteriormente lo enajena por precio superior. También en el campo de la pignoración de las cosas muebles (por ejemplo, máquinas para la construcción), existe una eventual ganancia tras la adquisición de la cosa en subasta por parte del titular de la garantía, sin que exista una obligación de compensación. Para estos supuestos sería pensable establecer claramente una obligación de imputación.

A través del crédito incorporado a la cédula hipotecaria, de naturaleza no accesorio, el tomador del crédito y concedente de la garantía podría verse frente a dos reclamaciones. Esto podría evitarse mediante la constitución de una «Eurohipoteca» que condujese a una novación o estableciendo que ambas exigencias no podrían hacerse valer cumulativamente. Técnicamente, el deudor podría ser protegido frente a las reclamaciones múltiples, haciendo depender la realización del crédito personal existente, de la devolución del título valor o que la realización del crédito personal incorporado al título presuponga la presentación de título valor o que el pago total sólo pueda ser exigido mediante la entrega del título y un pago parcial mediante su constancia en el título si así lo estableciesen las partes. Esto, sin embargo, debería quedar sometido a la autonomía de la voluntad de los contratantes, pues de lo contrario se destruirían las ventajas en relación a la posterior nueva utilización de la garantía para créditos posteriores.

4. ¿ES LA «EUROHIPOTECA» COMPATIBLE CON LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD?

No es posible hacer aquí un estudio completo acerca de si la introducción de la «Eurohipoteca» sería compatible con todos los Ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados comunitarios y qué modificaciones legales deberían abordarse en cada uno de ellos. Simplemente, se harán algunas observaciones.

Las modificaciones a introducir en los Ordenamientos jurídicos nacionales serían limitadas, pues seguirían subsistiendo los derechos de garantía real inmobiliaria existentes hasta ahora. Ya con anterioridad se han discutido nuevas instituciones y en parte se han introducido en los Ordenamientos nacionales, coexistiendo con instituciones anteriormente existentes en

dichos Ordenamientos; así, por ejemplo, los proyectos de Directivas para la creación de una Sociedad Anónima Europea, para una Sociedad Europea con Limitación de Responsabilidad o la Agrupación Europea de Interés Económico.

A) *Alemania*

La deuda territorial alemana se corresponde en su regulación legal con la *Gült*, pero en su regulación práctica (deuda territorial con reconocimiento abstracto de deuda) con la cédula hipotecaria suiza. La cédula hipotecaria suiza y la deuda territorial tienen en común su estructura abstracta (o mejor no accesorio), pero «con funcionalidad accesorio».

La constitución de una deuda territorial en conexión con un acuerdo de promesa de deuda abstracta ofrece ya de por sí la mayoría de las ventajas que ofrecería una «Eurohipoteca». A través de la incorporación a un título de las acciones personales y reales se facilita ya la transmisibilidad de ambos componentes. Sin embargo, la pignorabilidad es una especialidad de la cédula hipotecaria suiza que no tiene la deuda territorial (incorporada a un título), pues no es portadora de derechos por sí misma. A través de la pignoración pueden evitarse los problemas de las acciones de restitución, pues no se produce modificación de la titularidad.

Sin embargo, la «Eurohipoteca» podría presentar un inconveniente en relación a la práctica de crédito habitual hoy en día: La conexión indisoluble entre la promesa de deuda y el derecho de garantía real inmobiliaria. También el crédito en la promesa de deuda surge sólo cuando la cédula hipotecaria suiza se ha constituido a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, la práctica del crédito alemán se ha preocupado de hacer posible la exigibilidad de la promesa de deuda con independencia del nacimiento de la obligación real.

La gran semejanza entre la deuda territorial y la cédula hipotecaria suiza demuestra que la introducción de una «Eurohipoteca» fundamentada en la cédula hipotecaria suiza no chocaría con los principios jurídicos alemanes. Por ello no debería esperarse mayores problemas con la introducción de la «Eurohipoteca» en el Derecho alemán.

B) *Francia*

En relación al Derecho francés, sí son previsibles discusiones de principios. Es de esperar que surjan obstáculos para la introducción de la «Eurohipoteca» fundamentalmente por no existir en el Derecho francés un dere-

cho de garantía real inmobiliaria de propietario, no admitirse la naturaleza abstracta del mismo y por el deseo de proteger al consumidor frente a posibles abusos.

La incorporación de un crédito, garantizado con un derecho de garantía real inmobiliaria, a un título no es contrario al sistema, así como tampoco (al menos desde un punto de vista comercial) la transmisión de una hipoteca con independencia del crédito garantizado (véase la subrogación). Sin embargo, sí sería problemática la introducción de la necesidad de la registración para producir efectos. Pues el sistema registral francés está basado en una función puramente declarativa. Un punto de partida para buscar la solución podría ser la revalorización del *fichier immobilier* mediante el establecimiento del carácter constitutivo de la inscripción del acta de constitución. Sólo la fijación definitiva de las propiedades y condiciones de constitución de la «Eurohipoteca» podría indicar qué adaptaciones serían necesarias en el derecho formal.

El autor MOULY resalta las ventajas que tendría la introducción de medidas abstractas que subsistan con independencia del crédito y de su extinción o reducción, lo que se demuestra por el éxito en la práctica crediticia. El mismo autor concluye que la armonización del derecho europeo del crédito puede conducir a la introducción de esos derechos de garantía abstractos en el Derecho francés. Igualmente, en Francia se ha iniciado una fuerte discusión acerca de la fiducia. Incluso no se descarta su extensión al Derecho inmobiliario.

Además, con anterioridad existió una *Hypothèque sur soi-même* que incluso existe hoy con el carácter de excepcional. El hecho de que podría introducirse con carácter general en el Ordenamiento jurídico, tal como estaba construida en el Código Civil francés, lo demuestra el ejemplo de Marruecos. Allí ya en el año 1924 se admitió una hipoteca de estas características, que se correspondía en esencia con la deuda territorial alemana y con la cédula hipotecaria suiza. Para su constitución se requería una única inscripción, mientras que los contratos sobre el crédito, así como el endoso del título hipotecario, estaban exentos de requisitos de publicidad. En el año 1962 se introdujo nuevamente la exigencia de la registración del contrato de crédito. A través del Real Decreto de 17 de diciembre de 1968 se suprimió este tipo de hipoteca por entenderse que la inscripción separada del contrato de crédito y de esta «hipoteca de propietario» podría conducir a un desarrollo muy complicado. El desarrollo de la construcción en Marruecos ha demostrado, sin embargo, que la supresión de esta hipoteca trae consigo muchos problemas.

Es de esperar que en el Derecho francés se produzcan muchas reticencias desde un punto de vista de la protección de los consumidores en relación a la simplificación de la transmisibilidad. Debe, sin embargo,

observarse cómo ya la Ley de 15 de junio de 1976 establece en su artículo 11, párrafo 1.º, la no aplicabilidad de las exigencias formales del artículo 6 a la transmisión de las «copias ejecutorias a la orden» cuando se hayan constituido a favor de un Banco o de un instituto de crédito o instituto financiero o se hayan transmitido a éstos. En esta Ley y en algunas otras disposiciones el legislador francés ha señalado claramente cómo es deseable una simplificación en la transmisibilidad de los créditos garantizados con derechos de garantía real inmobiliaria. El artículo 8 de la Ley de 15 de junio de 1976 ya estableció que las excepciones personales del deudor no pueden ser opuestas a nuevos acreedores.

En el supuesto de que una hipoteca se pueda transmitir sin publicidad, el nombre del adquirente permanece en el anonimato. Este anonimato se consideró tan problemático que se suprimió la *grosse au porteur*. En este contexto se discutió principalmente el problema que se plantea cuando debe ser renovada la inscripción de una hipoteca. Pues el Notario que documenta la constitución de la hipoteca no puede indicar al acreedor hipotecario entonces existente acerca de la conveniencia de la renovación, pues no le es conocida la identidad del mismo. Este problema podría resolverse si cada nuevo acreedor realiza una comunicación formal al Notario acerca de su adquisición jurídica. Además, puede quedar a su voluntad si desea o no la renovación. Para ello sería de ayuda una breve constancia en la «Eurohipoteca» acerca de la conveniencia de la renovación. Sin embargo, lo ideal sería que la «Eurohipoteca» permaneciese ajena a una nueva registración. Además no tendría sentido una conexión directa entre la eficacia de la inscripción y el plazo del primer crédito garantizado, pues la «Eurohipoteca» es esencialmente no accesorio, para poder asegurar otros créditos posteriores. Además, el argumento de la renovación de la hipoteca tiene hoy menos importancia, pues desde el año 1967 la hipoteca francesa no se extingue siempre automáticamente tras el transcurso de diez años.

Se alegraría también que en un procedimiento de «purga» el nuevo propietario del inmueble debe notificar a todos los acreedores hipotecarios y facilitarles el correspondiente documento, lo que sólo es posible cuando conozca su identidad. Sin embargo, puede alegarse en contra de ello que el sistema de la «purga» se utiliza sólo muy excepcionalmente en la práctica hoy en día.

Con arreglo al artículo 12 de la Ley Scrivener II, el deudor de un préstamo hipotecario puede proceder a su reembolso anticipado. Si no conoce al acreedor actual, la cuestión sería a quién debe dirigirse el deudor. La naturaleza no accesorio de la «Eurohipoteca» trae como consecuencia que la transmisión no produzca automáticamente la del crédito garantizado. El pago del importe del crédito es por ello independiente de la pregunta de quién sea el acreedor de la «Eurohipoteca». La pregunta sería entonces

cómo puede el receptor del crédito —propietario— ser protegido de una doble acción. Precisamente el punto de vista de la protección de los consumidores debería apoyar la introducción de la «Eurohipoteca». Pues el resultado que supone el ahorro de fuertes costes favorecería a los consumidores.

Todo ello demuestra que la «Eurohipoteca» constituida en forma de cédula hipotecaria suiza estaría en consonancia con el Derecho francés.

C) *España*

Al igual que en Francia, el Derecho español tiene características que permiten pensar en la introducción de una «Eurohipoteca».

Así, por ejemplo, la hipoteca puede garantizar créditos incorporados a títulos nominativos o al portador. El propietario del inmueble gravado con una de estas hipotecas puede también ser titular del título valor, si bien no en el momento de la constitución de la hipoteca. Por ello el Derecho español ofrece una normativa que permite la introducción de una figura similar a la hipoteca de propietario. Igualmente es posible garantizar créditos mediante la pignoración de títulos valores (art. 320 y siguientes del Código de Comercio).

Igualmente en el Derecho español puede prescindirse de la notificación al deudor en el supuesto de transmisión de créditos garantizados con hipotecas cuando se trate de la transmisión de créditos endosables o de títulos al portador.

5. CONTRATO DE ASEGURAMIENTO

Mientras que en los derechos de garantía de naturaleza accesoria la mayoría de los problemas se plantean precisamente por su accesoriedad, en los derechos de garantía de naturaleza no accesoria estos problemas se sitúan frecuentemente en el contrato de aseguramiento. Este contrato regula cuál es la finalidad de la constitución del derecho de garantía de naturaleza no accesoria y qué sucede con este derecho en el supuesto de conclusión del citado fin.

Debe ponerse especial cuidado en la regulación de este contrato de aseguramiento. Pues precisamente en aquellos lugares donde no se reconocen derechos de naturaleza no accesoria es de esperar resistencia frente a la «Eurohipoteca» desde el punto de vista de la protección de los consumidores. Frente a ello podría oponerse que el acuerdo sobre un contrato de aseguramiento debería constituirse bajo forma notarial allí donde los respectivos

derechos nacionales exijan la intervención notarial en la constitución de una hipoteca. Sin embargo, con ello decaerían algunas de las ventajas de la «Eurohipoteca» (flexibilidad, rapidez y ahorro de costes). Por ello debería intentarse abordar este conflicto con mesura. En este sentido podría estudiarse si el fin del aseguramiento debería interpretarse en sentido rígido o amplio y si el propietario y el deudor del crédito deberían ser la misma persona.

Debería ser suficiente un acuerdo sin sujeción a forma especial para el contrato de aseguramiento cuando el propietario y el deudor fueran la misma persona y la «Eurohipoteca» sirviese para asegurar un crédito concreto. Para el supuesto de que el propietario y el deudor no fuesen la misma persona o que se pretendiese asegurar también prestaciones futuras o aún no determinadas, podría discutirse la necesidad de forma notarial para la constitución del contrato de aseguramiento siempre que no fuese aceptable la admisibilidad de la libertad de forma.

El contrato de aseguramiento también debería regular el derecho a la devolución, que ha planteado algún problema en el Derecho alemán, en el ámbito de la deuda territorial. El acreedor debería quedar obligado a devolver la «Eurohipoteca» al propietario cuando el fin del aseguramiento se haya extinguido. Debería prohibirse la exclusión del derecho a la devolución o, en todo caso, limitarse a los acreedores reales de rango posterior.

Los pagos de los deudores deberían concretarse en relación al crédito personal para que así la «Eurohipoteca» pudiese subsistir y permitir posteriormente al propietario su plena utilización para otras financiaciones.

La Unión del Notariado Latino está preparando un contrato de aseguramiento que contemple los diferentes intereses entre el concedente del aseguramiento y el tomador del mismo (de hecho, ya se ha presentado junto con la nueva propuesta efectuada en 1993).

Con todo ello, además, no debe olvidarse que los diferentes Ordenamientos jurídicos (y, por tanto, el alemán) no perderían las instituciones jurídicas hoy existentes, pues junto a la «Eurohipoteca» subsistirían los derechos de garantía real inmobiliaria hoy existentes.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

La introducción de una «Eurohipoteca» no resulta incompatible con los distintos Ordenamientos jurídicos, aunque serían necesarias algunas modificaciones. No obstante, debe esperarse alguna oposición, fundamentalmente desde el punto de vista de la admisión de un derecho de garantía real de propietario, de naturaleza no accesorio, oposición que incluso tendría su origen en criterios dogmáticos, lo que requerirá un cambio de mentalidad. En este sentido no sería suficiente resaltar la característica de la «Eurohi-

poteca» como derecho de garantía real inmobiliaria y su naturaleza fuertemente accesorio en relación a la promesa de deuda abstracta que contiene. Pues lo definitivo es que el crédito personal incorporado al título represente una promesa de deuda no accesorio, lo que, por ejemplo, es hoy desconocido en el Derecho francés. Las discusiones acerca del carácter abstracto de la letra de cambio francesa es de esperar que se reproduzcan con más fuerza al discutir una «Eurohipoteca». Al menos puede encontrarse fundamento jurídico (una «causa») como es el contrato de aseguramiento.

Quien tenga escrúpulos comerciales debido a la naturaleza no accesorio de la «Eurohipoteca» debería tomar en consideración cómo la práctica alemana, fundamentalmente la jurisprudencia, ha intentado limitar los riesgos y abusos de la no accesorio. Especialmente en el aseguramiento de créditos por terceros, la jurisprudencia ha restringido fuertemente el uso de formularios.

Para evitar la separación del crédito y la deuda territorial se prohíbe en parte la separabilidad de la deuda territorial o se hace depender del consentimiento. A falta del consentimiento, se presume del contrato de aseguramiento la prohibición del tomador de la garantía de transmitir la deuda territorial antes del vencimiento del crédito, salvo que la transmita en unión del crédito garantizado, dando el incumplimiento lugar a la correspondiente acción de daños y perjuicios. También parcialmente en la doctrina se considera admisible la constitución de la deuda territorial condicionada a la subsistencia del crédito. Pero entonces la deuda territorial de garantía perdería su flexibilidad e incluso sería menos ventajosa que una hipoteca alemana, que se transforma en una deuda territorial de propietario en el supuesto de extinción del crédito garantizado.

Estas posibilidades de limitar los riesgos de la naturaleza no accesorio de la «Eurohipoteca» conllevan, sin embargo, un peligro para la propia «Eurohipoteca». Si se deja a cada uno de los Estados miembros la concreción de estas disposiciones limitativas, quedaría excluida la unificación jurídica. Pues sería de esperar que, sobre todo en aquellos países donde hasta hoy no existen derechos reales de garantía de naturaleza no accesorio, la no accesorio sería fuertemente combatida no sólo por el legislador, sino también por las jurisprudencias nacionales y por la propia doctrina, y con ello se limitaría fuertemente su flexibilidad si es que no llega a suprimirse totalmente.

IV. ¿COMO PODRIA REGULARSE LA «EUROHIPOTECA»?

A continuación se detallan los aspectos que deberían tomarse en consideración al crearse la «Eurohipoteca».

La «Eurohipoteca» debería introducirse como algo añadido a los derechos hipotecarios materiales y formales ya existentes en los diferentes Estados miembros. La práctica enseñaría si acabaría imponiéndose o no a los derechos de garantía real inmobiliaria ya existentes.

Debería surgir de una promesa de deuda abstracta, que se garantizaría con un derecho de garantía real inmobiliaria. Ambos aspectos deberían incorporarse a un título valor de manera indivisible. De esta forma incorporaría una acción personal y una acción real. Si debe limitarse a un título a la orden, o admitirse también un título al portador, debería en todo caso ser una decisión política. Quizá fuese más factible la primera postura, pensando fundamentalmente en la esperada posición francesa.

La «Eurohipoteca» debería crearse pensando en una fácil transmisibilidad, fundamentalmente como título y no limitado a una forma registral. Lo ideal sería permitir ambas formas de transmisión.

Podría concebirse la «Eurohipoteca» esencialmente como un derecho de garantía real inmobiliaria de propietario. Así se coincidiría con las propuestas tanto de la Federación Bancaria como de la Federación Hipotecaria. No obstante, debería admitirse también su constitución como un derecho de garantía real inmobiliaria directamente a favor del acreedor para admitir construcciones más variadas.

Por razones de política de protección de los consumidores, podría limitarse la «Eurohipoteca» sólo a los supuestos de constitución a favor de un instituto de crédito o admitir la transmisión sólo a favor de estos institutos (con independencia de la constitución a favor del propio propietario).

La constitución de una «Eurohipoteca» podría hacerse depender (tanto en relación a las partes como a terceros) de su constancia en un formulario determinado o en forma notarial, así como de la inscripción en el Registro de la Propiedad existente en cada uno de los Estados miembros. Podría, sin embargo, prescindirse de la intervención notarial y exigir una declaración escrita del propietario cuando la «Eurohipoteca» se constituyese como una hipoteca de propietario. Sin embargo, sería básico que las condiciones para la constitución fuesen idénticas en todos los Estados miembros. Pues a través de la introducción de la «Eurohipoteca» se pretende precisamente que un instituto de crédito que opere a nivel internacional pueda limitarse a utilizar un derecho de garantía real inmobiliaria y no tener que someterse a las exigencias en cada uno de los Estados miembros, lo que necesariamente conduce a unos costes mucho mayores. Si no pudiese conseguirse una regulación de costes unitaria, en todo caso la «Eurohipoteca» no debería tener un tratamiento peor que el que tuviesen los demás derechos de garantía real inmobiliaria nacionales.

Para conseguir una adecuada información podría introducirse un intercambio de información entre los diferentes Registros de la Propiedad u

Oficinas Registrales nacionales. Así, por ejemplo, sería deseable que una Oficina Registral alemana pudiese obtener información acerca de la situación jurídico-registral de un inmueble español mediante la conexión con el Registro de la Propiedad español. Debería esperarse para determinar si es posible o no en un futuro construir un «Registro Central de Hipotecas» en Europa. Sin embargo la introducción de la «Eurohipoteca» no debe quedar condicionada a esta exigencia.

La «Eurohipoteca» tendría que ser en su constitución independiente del crédito para cuya seguridad se constituya o para cuya seguridad se transmita. Su unión con el crédito debería regularse en un *contrato de aseguramiento* cuya constitución y modificación no debería estar sujeta a una forma determinada. Pues sólo así podría obtenerse una aplicación flexible. En todo caso, la práctica determinaría si se opta por el camino de una constitución directa, incluso una transmisión en garantía, o más bien por la constitución de un derecho de prenda sobre una «Eurohipoteca» (constituida, por ejemplo, a favor del propio propietario), para construir una relación (accesoriedad) inmediata entre el crédito asegurado y la garantía. Allí donde hoy en día no se reconozcan derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza no accesoria o donde no se permita la transmisión en garantía se podría (si no fuese posible adquirir un compromiso mayor) conceder a los respectivos Ordenamientos jurídicos la posibilidad de admitir la pignoración de la «Eurohipoteca» que se hubiese constituido como un derecho de garantía real inmobiliaria de propietario únicamente a favor del concedente de un crédito, así como la posibilidad de incluir en un contrato de prenda el aseguramiento de créditos futuros. Con ello, además, se atenderían las indicaciones de la Federación Bancaria y de la Federación Hipotecaria acerca de la introducción de una *hypothèque sur soi-même*. La relación jurídica entre el tomador de la garantía y el concedente de la misma sería, sin embargo, accesoria. No obstante, el derecho de garantía real subsistiría aún después de extinguirse todos los créditos asegurados y estaría disponible para nuevos fines crediticios. No existirían problemas en relación a las acciones de restitución, pues el derecho de garantía real inmobiliaria permanecería con el concedente de la garantía y el tomador de la garantía sólo tendría un derecho de prenda.

Para la transmisión de la «Eurohipoteca» sólo debería exigirse el correspondiente acuerdo de voluntades entre el transmitente y el adquirente, la correspondiente constancia del endoso en el documento, así como la entrega del título. Iguales condiciones debería regir para la pignoración de la «Eurohipoteca». Sin embargo, podría exigirse la legitimación notarial del documento de transmisión para que el principio de fe pública de los respectivos sistemas registrales pudiese extenderse a la transmisión o pignoración de la «Eurohipoteca». No debería exigirse la inscripción en el Registro de la

Propiedad (u Oficina Registral correspondiente), pues con ello se perdería la ventaja de la fácil transmisibilidad. Podría seguirse el ejemplo del Derecho suizo y establecer sanciones por parte de las autoridades de vigilancia bancaria en el supuesto de que la «Eurohipoteca» se utilizase por un importe superior al de su valor.

La «Eurohipoteca» debería solamente extinguirse con su anulación. Debería asegurarse plenamente el derecho del propietario del inmueble gravado a exigir del acreedor el título tras la extinción del crédito garantizado. Debería excluirse la cesión de esta acción de restitución o autorizarse sólo a favor de acreedores reales de rango posterior. Debería permitirse la constancia en el título de pagos parciales a instancia del deudor, a no ser que se hubiese pactado la exclusión de esta posibilidad.

Los inmuebles deberían ser gravables tanto con la «Eurohipoteca» como con los derechos de garantía real inmobiliaria admitidos por cada uno de los respectivos Ordenamientos jurídicos. Pues en el supuesto de existir créditos garantizados con posterioridad (con rango posterior), nadie debería ser obligado a elegir una «Eurohipoteca» cuando esté constituida una «Eurohipoteca» con primer rango. Y nadie debería ser excluido de la posibilidad de constituir una «Eurohipoteca», cuando una hipoteca constituida con arreglo al Derecho nacional ocupa el primer rango.

Ante la pregunta esencial de si los efectos jurídicos de una «Eurohipoteca» deberían ser aquellos que tienen una hipoteca contractual con arreglo a los respectivos Ordenamientos jurídicos o si dichos efectos deberían ser regulados unitariamente, hay que inclinarse a favor de esta segunda posibilidad. Pues en caso contrario se tendría nuevamente un derecho de garantía real inmobiliaria diferente para cada Ordenamiento jurídico. De ahí que deban regularse unitariamente muchas características si es posible. Si se dejase al legislador de cada uno de los Estados Comunitarios la regulación de cada una de las características, difícilmente podría obtenerse como resultado la unificación. Y en relación a la jurisprudencia, debería vigilarse que las conclusiones en materia de «Eurohipotecas» no tuviesen diferentes fundamentaciones. Debería incluso estudiarse la atribución al Tribunal Europeo de Justicia de las decisiones en relación a cuestiones jurídicas en el ámbito de la «Eurohipoteca», como se ha hecho también en el desarrollo del EVU.

Ante el peligro de que se pretendiese el ejercicio acumulativo de ambos créditos (el crédito personal y la promesa de deuda abstracta), podría buscarse la solución en la novación o en una regulación expresa que prohibiese esta forma de proceder. Al acreedor, sin embargo, debería de dársele la opción de poder elegir entre dirigirse contra el patrimonio personal o el patrimonio real.

Debería al menos intentarse que la «Eurohipoteca» y su seguridad no se

viese obstruida a través de la existencia de *privilegios*, sino que, por el contrario, rigiese el principio de prioridad. Si no fuese posible la exclusión de derechos preferentes en todo supuesto de constitución de una «Eurohipoteca» (lo que sería deseable desde el punto de vista de la cooperación internacional y de las asociaciones de financiadores), tendría en todo caso que observarse lo dispuesto en el artículo 22, párrafo 4.º, de la Directiva del Consejo de las Comunidades para la coordinación de las condiciones jurídicas y reglamentarias referentes a determinados organismos para las inversiones comunes en títulos valores (Directiva 88/220) y por tanto que la liberación de la «Eurohipoteca» de derechos preferentes sólo rija cuando sirva para el aseguramiento de títulos definidos en la citada norma. Por lo demás, la «Eurohipoteca» debería en esencia incardinarse en los sistemas nacionales sobre ejecución forzosa y concurso.

Aunque sería deseable la plena armonización de los sistemas de ejecución forzosa y concursales para la realización de la «Eurohipoteca», sin embargo no debería condicionarse la discusión acerca de la introducción de la «Eurohipoteca» a esta finalidad. Las discusiones (que ya duran varias décadas) acerca de la armonización de los Ordenamientos jurídicos en materia de insolvencia demuestran claramente que el intento de conseguir semejante armonización para la «Eurohipoteca» está destinado al fracaso. Si no fuese posible la unificación en el ámbito de los derechos preferentes, al menos traería como consecuencia la regulación detallada de las diferencias en materia de ejecución forzosa y de concurso en cada uno de los países comunitarios en que la «Eurohipoteca» se introdujese. Sin embargo, esto podría no abordarse, al menos en una primera fase. En tanto subsistiesen regulaciones diferentes en el ámbito de los derechos preferentes, podría indicarse en el documento de constitución el rango que le correspondería con arreglo a cada Derecho nacional. Podría ser posible además que la armonización en el ámbito de los derechos preferentes se trajese a colación en el supuesto de que la «Eurohipoteca» se mostrase en la práctica como un derecho de garantía más moderno y funcional que los derechos de garantía real inmobiliaria hasta ahora existentes.

V. POSIBILIDADES DE CREACION DE UNA EUROHIPOTECA

A continuación se exponen las posibilidades de creación de una «Eurohipoteca» en el marco del Derecho comunitario. La cuestión si la Comunidad Europea puede crear una «Eurohipoteca», es decir, si tiene la competencia jurídica para ello.

1. MERCADO INTERIOR PARA EL CRÉDITO HIPOTECARIO

A) *Fines del Tratado de creación de la Comunidad Económica Europea*

El artículo 2 del Tratado de creación de la Comunidad Económica Europea prevé como uno de los fines de la Comunidad la creación de un Mercado Común. Con arreglo al artículo 3.C) de dicho Tratado, deben eliminarse los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales entre los Estados miembros. La actividad de la Comunidad comprende también la aproximación de las disposiciones jurídicas internas de los Estados, en la medida que sea necesario para el funcionamiento del Mercado Común [art. 3.H) del Tratado]. Por ello la condición de ser «necesario» no establece una limitación a la competencia, pero reduce la obligación de los órganos comunitarios de hacer algo en el campo de la aproximación jurídica.

Con arreglo al artículo 8 del Tratado, le corresponde a la Comunidad la disposición de las medidas necesarias para la creación del Mercado Interior el 31 de diciembre de 1992. El artículo 8.a) establece como objetivo para la Comunidad la eliminación de las diferencias jurídicas que dificultan en libre tráfico de bienes, personas, servicios y capitales, para conseguir a través de ello el Mercado Interior. El artículo 8.a), párrafo 2.º, del Tratado define el concepto del Mercado Interior como el espacio sin fronteras interiores en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales con arreglo a las disposiciones del Tratado.

Se ha discutido cómo debe entenderse el concepto de Mercado Interior. Para un determinado sector de la doctrina debe identificarse con el concepto de Mercado Común. Otros entienden, sin embargo, que esta opinión no es sostenible, pues el Mercado Interior, desde el punto de vista de la abolición de fronteras, desborda sin duda el Mercado Común y no se agota en su campo de aplicación e incluye también la supresión de todos los obstáculos al tráfico interior de mercancías que descansen en disposiciones nacionales no discriminatorias, así como sus diferencias. Otro sector doctrinal considera los conceptos de Mercado Común y Mercado Interior como conceptos fácticos, idénticos en esencia, pero no como conceptos jurídicos, pues el concepto de Mercado Interior no abarca el tema de la libertad, que se regula ya en las normas especiales relativas a las libertades básicas.

Como objetivo ideal el Mercado Interior europeo debería ser homogéneo con el Mercado Interior, por ejemplo, existente en Francia o en Alemania. En el campo del crédito hipotecario, sin embargo, todavía está muy lejano un Mercado Interior de estas características. Las grandes diferencias existentes entre los Ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en el ámbito del Derecho civil, impiden que un instituto de crédito pueda utilizar

las técnicas financieras de su país de origen en todos los Estados comunitarios. Esto se pone especialmente de relieve al contemplar los derechos de garantía real inmobiliaria. Por ello en muchos países de la Comunidad Europea, en donde sólo se admiten hipotecas de naturaleza fuertemente accesorio, no pueden introducirse técnicas de aseguramiento y, con ello, técnicas financieras flexibles. La creación de un Mercado Interior funcional y moderno para el crédito hipotecario exige un derecho de garantía real inmobiliaria flexible que pueda ser utilizado en todos los Estados miembros. Por ello la obligación de desarrollar un Mercado Interior [art. 8.a) del Tratado] comprende también la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario y de naturaleza no accesorio.

El artículo 8.a) del Tratado prevé que el Mercado Interior debería hacerse realidad para el 31 de diciembre de 1992. En junio de 1985 la Comisión entregó al Consejo Europeo el Libro Blanco para la creación del Mercado Interior, en el que se contienen cerca de 300 propuestas sobre medidas de armonización que deben llevarse a cabo. No se incluye, sin embargo, la unificación o aproximación de los derechos de garantía real inmobiliaria. En el Acta Unica Europea se estableció, en relación al artículo 8.a) del Tratado, que la fijación del plazo del 31 de diciembre de 1992 no tenía un efecto jurídico automático. De ello no se deduce que tras la terminación del indicado plazo el artículo 8.a) del Tratado fuese de utilización directa y por ello no tuviesen que observarse las disposiciones jurídicas nacionales de cada uno de los Estados miembros contradictorias entre sí. Por eso, tras la llegada del 31 de diciembre de 1992 subsiste la necesidad de tender hacia la armonización de los derechos de garantía real inmobiliaria.

B) *Función de la armonización legal*

El artículo 3.H) del Tratado dispone que la finalidad de la armonización legal consiste en la colaboración a la creación del Mercado Común y a la aproximación de la política comercial. La eliminación de los obstáculos para la libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales es una de las características fundamentales del Mercado Común. Sin embargo, la armonización legal no tiene como tarea propia la eliminación de las diferencias jurídicas, sino la facilitación de las exigencias legales entre los Estados, su racionalización y el incremento de la seguridad jurídica. Lo decisivo es que a través de ello se acomoden las disposiciones legales al funcionamiento ordenado del Mercado Común mediante el levantamiento de determinados obstáculos específicos.

Debe resaltarse cómo la armonización legislativa no tiene por qué orientarse a través de las disposiciones nacionales de los países. Por ello «el

objeto de la armonización legislativa no es obtener la media aritmética entre todas las disposiciones jurídicas nacionales». Por el contrario, debe orientarse hacia las exigencias del funcionamiento ordenado del Mercado Común. Por ello no es contradictorio con los principios de la armonización legislativa en la Comunidad Europea la armonización legal en el sector del derecho de hipotecas a través de la creación de una nueva institución (la «Eurohipoteca»), tomando como modelo la institución jurídica de la cédula hipotecaria suiza, es decir, una institución regulada por un Ordenamiento jurídico ajeno a los países de la Comunidad Europea.

Hoy en día es indiscutido que las palabras «aproximación», «coordinación» y «armonización» son iguales. Sin embargo, la armonización legislativa debe diferenciarse de la creación de un Derecho comunitario nuevo y unitario y de la unidad jurídica en el sentido tradicional. El Derecho comunitario es un derecho unitario, tanto material como formalmente, en todos los Estados miembros, y su jurisprudencia corresponde al Tribunal de Justicia Europeo. La unidad jurídica en el sentido tradicional tiene lugar a través de la Ley única y se sitúa entre la aproximación legislativa y la creación de un Derecho comunitario. La especialidad de la armonización legislativa está en que respeta la identidad de los derechos que abarca y sólo lleva a cabo la modificación de esos derechos, pero no conduce a su supresión.

2. INSTRUMENTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 contempla diversos instrumentos jurídicos, de los que ahora sólo pueden tomarse en consideración algunos.

Un *Reglamento* tiene eficacia general con arreglo al artículo 189, párrafo 2.º, del Tratado y es de aplicación inmediata en todos los Estados miembros. Una *Directiva* es obligatoria en cuanto al fin que persigue, pero, sin embargo, deja a los Estados miembros la posibilidad de establecer la forma y los medios de alcanzar ese fin (art. 189, párrafo 3.º, del Tratado). En supuestos excepcionales, una Directiva puede tener eficacia directa con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. Las *recomendaciones y tomas de posición* no tienen carácter obligatorio con arreglo al artículo 189 del Tratado, y por ello no son adecuadas para la introducción de una «Eurohipoteca».

El instrumento fundamental para la consecución de la armonización jurídica es la Directiva (véase art. 100 del Tratado). En muchos ámbitos se deja a la libre elección el sistema que ha de utilizarse. Sin embargo, el Acta Única Europea de 1986, que introdujo el artículo 100.a) en el Tratado,

estableció que la Directiva no es obligatoria para conseguir la armonización jurídica. Sin embargo, en una aclaración al citado artículo 100.a) se estableció que la Comisión debe dar preferencia a la Directiva cuando algún Estado miembro deba llevar a cabo modificaciones legales para conseguir la armonización jurídica. En el llamado Libro Blanco la Comisión ha desarrollado la estrategia de que una armonización jurídica sólo debe perseguirse allí donde sea indispensable, y aún entonces sólo como una armonización básica. Será, por tanto, la necesidad la que debe orientar tanto el cuándo como el cómo de la armonización.

3. *Artículo 222 del Tratado*

Con arreglo al artículo 222 del Tratado, dicho Tratado deja intacta la regulación de la propiedad en los diferentes Estados miembros. Con ello se plantea la cuestión de si queda excluida una competencia jurídica de la Comunidad Europea para la introducción de una «Eurohipoteca».

El artículo 222 del Tratado viene a establecer que la configuración de la ordenación de la propiedad permanece como competencia de los Estados miembros, especialmente la socialización o privatización. Por ello el concepto de ordenación de la propiedad comprende todas las disposiciones constitucionales acerca de la propiedad privada, la expropiación, la socialización y los límites de la utilización de la propiedad. La propiedad privada se entiende no sólo en relación al dominio de las cosas, sino también a otros derechos patrimoniales, como, por ejemplo, los derechos reales limitados, derechos de autor, así como los créditos.

Esto no significa, sin embargo, que deba entenderse excluida la competencia para la armonización del derecho de hipotecas. La causa de una inclusión del artículo 222 en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea fue la estructura diferenciada en las relaciones de propiedad en las empresas de los Estados miembros, en el ámbito de sus respectivos ordenamientos reguladores de la propiedad. Con el artículo 222 del Tratado se pretendía dejar claro que la privatización o socialización era competencia de los Estados miembros. A favor de ello juega el hecho de que el artículo 222 del Tratado se concibió como un punto de partida y no significaba que en el futuro la Comunidad Europea debiese ser neutral en relación a los Ordenamientos de la propiedad de los Estados miembros. Como consecuencia de ello el artículo 222 del Tratado no excluye una reorganización de la regulación de la propiedad en los Estados miembros en el camino hacia una armonización jurídica. Por el contrario, el Tratado a través de su artículo 222 establece más bien un límite en el ámbito de las nacionalizaciones. Pues la supresión total de la propiedad privada en un Estado miembro sería

contraria a los principios del Tratado. Si a través del artículo 222 del Tratado no puede excluirse totalmente la modificación de la regulación de la propiedad, no puede fundamentarse en dicho precepto una exclusión general de la armonización de las disposiciones de Derecho civil. La pregunta sería más bien cuándo y en qué extensión sería necesaria, conveniente o deseable una unificación.

Los propios organismos comunitarios entienden que el artículo 222 no excluye esencialmente la armonización jurídica en el sector del Derecho civil. Esto lo demuestran, por ejemplo, las Directivas comunitarias en el ámbito del derecho de protección de los consumidores. El hecho de que el Mercado Interior sea uno de los fines del Tratado tiene significación jurídica. Esta finalidad ha de tenerse en cuenta en la interpretación del Tratado y, por tanto, también para la interpretación del citado artículo 222. Además, no puede olvidarse que con la introducción de la «Eurohipoteca» no se suprimiría ninguna institución del Derecho privado de los países miembros, sino que, por el contrario, se añadiría una nueva.

Por todo ello debe concluirse que el artículo 222 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea no impide la creación de una «Eurohipoteca» a través del correspondiente acto legislativo de la Comunidad.

4. NORMAS LEGITIMADORAS PARA LA INTRODUCCIÓN DE UNA «EUROHIPOTECA»

Para la introducción de una «Eurohipoteca» pueden tomarse en consideración diversas normas legitimadoras.

A) *Artículos 67 y 69 del Tratado*

Con arreglo al artículo 67 del Tratado los Estados miembros suprimirán entre ellos todas las restricciones a la circulación de capitales, así como todas las discriminaciones, en la medida que sea necesaria para el funcionamiento del Mercado Común. Pueden aprobarse todas las Directivas necesarias para dicho fin con arreglo al artículo 69. El concepto de circulación de capitales no se encuentra en el Tratado. Por ello el Consejo al aprobar en el año 1960 la primera Directiva sobre circulación de capitales incluyó la definición de todos los movimientos de capitales (sin embargo, sin carácter excluyente). Con arreglo a ello la «circulación de capitales» incluye la circulación de capital real (por ejemplo, inmuebles) y capital monetario (títulos valores, créditos a medio y largo plazo). Se entiende por circulación de capitales la «transmisión de valor unilateral (de capital real o crediticio)

de un Estado miembro a otro, que a su vez constituya normalmente una inversión de capital». Con ello se incluye no sólo la transmisión transfronteriza de títulos valores, sino también la concesión de un crédito. Lo mismo resulta aplicable al crédito hipotecario, pues la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria no supone ninguna prestación del Banco al tomador del crédito, sino que tiene lugar en interés del Banco.

La «Eurohipoteca» en la forma que ha quedado antes configurada sería un título valor. Sin embargo, la libertad de circulación de capitales con arreglo al objetivo que persigue garantiza únicamente la circulación transfronteriza de títulos valores ya existentes, pero no la creación o conversión de determinados títulos valores, de tal forma que sean fungibles a lo largo de todos los países comunitarios. La finalidad es la supresión de todas las limitaciones en la transmisión de valores a través de las fronteras de los diferentes Estados miembros, especialmente en cuanto a divisas, pero también otros obstáculos derivados de disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros que dificulten la circulación transfronteriza de capitales o la puedan limitar, como, por ejemplo, determinadas autorizaciones o exigencias formales para la emisión o admisión de títulos valores a negociación en Bolsa. El artículo 67 del Tratado no está dirigido a los problemas internos de determinados Ordenamientos jurídicos, sino hacia aquellas limitaciones que subsisten en las relaciones entre los Estados miembros, y especialmente para el tráfico con extranjeros.

Al poseer la «Eurohipoteca» también la característica de representar un derecho incorporada al título valor, haciéndolo con ello fácilmente transmisible, la introducción de una «Eurohipoteca» no está dentro de la libertad de circulación de capitales y por ello no puede tener una fundamentación legitimadora en los artículos 67 y 69 del Tratado.

B) Artículos 59, 66, 57, párrafo 2.º del Tratado

Con arreglo a los artículos 59, 66, y 57, párrafo 2.º, del Tratado puede dictarse una Directiva si con ello se facilita la admisión y el ejercicio de la libre prestación de servicios.

El concepto de prestación de servicios sólo es aludido en el artículo 60 del Tratado y sus consecuencias quedan prácticamente en el aire. Al igual que se expone anteriormente en el apartado A), la concesión de un crédito hipotecario, en su caso garantizado con una «Eurohipoteca», cae dentro de la libertad de circulación de capitales, pero no la introducción de un nuevo derecho de garantía real inmobiliaria. Por ello el artículo 59 del Tratado no puede ser excluido totalmente como fundamento legitimador.

La libertad de prestación de servicios comprende, sin embargo, sólo la

aplicación simplificada de técnicas previamente existentes, pero no la creación de nuevas en otros Estados miembros. Por ello, el artículo 59 del Tratado no puede considerarse que otorgue competencia para la introducción de una «Eurohipoteca».

C) *Artículo 110.A) del Tratado*

Hasta ahora las medidas para la armonización jurídica se han basado en las normas sobre competencia del artículo 100, y en su caso del artículo 235 del Tratado. En el supuesto de ser aplicable el artículo 100.A) del Tratado, queda postergada la aplicación del artículo 100 de dicho Tratado. Este puede también predicarse del artículo 235 del propio Tratado cuando la norma especial legitimadora comprenda otras previsiones (condiciones) procedimentales.

El artículo 100.A) del Tratado fue introducido por el Acta Unica Europea de 1987 para conseguir la realización del Mercado Interior. Incluso después del 1 de enero de 1993 seguirá vigente este mandato, pues subsistirá la necesidad de adoptar medidas de aproximación, y el artículo 100.A) del Tratado seguirá exigiendo un funcionamiento sin obstáculos del Mercado Interior, lo que requerirá la adopción de esas medidas.

El artículo 100.A) del Tratado no puede fundamentar medidas de armonización jurídica, para las que existan disposiciones especiales de competencia. Como antes se ha expuesto, las disposiciones acerca de la libertad de capitales y de prestación de servicios no sirven de fundamento para la introducción de una «Eurohipoteca». La norma del artículo 100.A) del Tratado sólo puede ser tomada en consideración en tanto persiga el desarrollo de los fines del artículo 8.A) del propio Tratado. El ámbito de aplicación del artículo 100.A) del Tratado debe por tanto determinarse no desde un punto de vista real, sino funcional. El artículo 8.A) del Tratado contiene disposiciones generales para conseguir la realización del Mercado Interior. Para ello sirve la armonización jurídica con arreglo al artículo 100.A) del propio Tratado.

También para el crédito hipotecario debe alcanzarse el Mercado Interior. La existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario es necesario para la construcción del «Mercado Interior para el crédito hipotecario» como parte de un mercado europeo de capitales.

La construcción de un Mercado Interior exige la eliminación de aquellos efectos excluyentes que tengan su fundamento en las diferencias y en la eficacia limitada territorialmente de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Un efecto excluyente de este tipo se da en el ámbito del crédito hipotecario. Así, por ejemplo, en determinados Ordenamientos ju-

rídicos que sólo reconocen derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza fuertemente accesoria no son posibles determinadas técnicas de aseguramiento (así, por ejemplo, el aseguramiento de crédito de carácter flexible o financiaciones intermedias), e incluso no utilizables por razones de costes (así, por ejemplo, la conversión de la deuda si ello exige la constitución de una nueva hipoteca). Un Mercado Interior en el seno de la Comunidad Europea significa que en todos los lugares de dicho mercado pueden ser ofrecidos los mismos productos y prestaciones de servicio. Igualmente, debe ser posible la utilización en cualquier lugar de las mismas técnicas financieras. Ello exige que en todos los Estados miembros de la Comunidad, además de las especialidades nacionales de cada uno, se ponga a disposición de los usuarios un instrumento de garantía de carácter flexible y unitario, que en todo lugar responda a las mismas condiciones esenciales. Ya que no es posible la utilización de todos los derechos de garantía real inmobiliaria en todos los Estados miembros, al menos debe ofrecerse un derecho de garantía real inmobiliaria unitario si se desea el buen funcionamiento de un «Mercado Interior del crédito hipotecario».

El funcionamiento del Mercado Interior exige también la confianza en el funcionamiento del mercado de capitales por parte de los sujetos que intervienen en él. La introducción de una «Eurohipoteca» aumentaría la confianza de los inversores en la seguridad de las obligaciones bancarias (por ejemplo, las cédulas hipotecarias) garantizadas con «Eurohipotecas», incluso cuando los inmuebles gravados radiquen en otros Estados miembros de la Comunidad.

Además del artículo 100.A) del Tratado, se desprende que la protección de los consumidores recibirá también una especial consideración. Esto podría brindar un punto de apoyo para introducir una «Eurohipoteca» con vistas a la información a los consumidores (tomadores del crédito e inversores). Los consumidores verían con satisfacción la seguridad que brindaría un derecho de garantía real inmobiliaria unitario, y con ello pronto conocido por todos, en todos los Estados miembros, y que además permitiese un ahorro de costes, por ejemplo, en los supuestos de conversión de la deuda.

Si bien una regulación unitaria exigiría la concreción de muchos detalles, sin embargo se podría dejar a los diferentes Estados miembros el encardinamiento de la figura en los sistemas nacionales: así, por ejemplo, el tema de la publicidad. Con ello se plantea la cuestión acerca de la forma jurídica para la armonización.

El artículo 100.A) del Tratado atribuye al Consejo, con una mayoría cualificada la competencia para la adopción de medidas, que contribuyan a la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros que se opondan a la creación y funcionamiento del Mercado Interior. El artículo 100.A) del Tratado concede con ello una amplia com-

petencia para la creación de derecho del Mercado Interior. Podría utilizarse tanto un Reglamento como una Directiva. La finalidad de introducir una «Eurohipoteca» unitaria aboga por la forma de un Reglamento. Una Directiva chocaría más con la necesidad de hacer los ajustes necesarios en los respectivos Ordenamientos jurídicos nacionales. Pero también en una Directiva pueden regularse detalles. En todo caso la elección de la forma jurídica sería una decisión política. Una decisión previa ya fue tomada en la aclaración al Acta Unica Europea al estimarse que, siguiendo el artículo 100.A) del Tratado, es preferible una Directiva si, como en el supuesto examinado, los derechos de los Estados miembros han de ser modificados, para obtener una armonización jurídica.

D) Artículo 100.B), apartados 1.º y 2.º del Tratado

Otro instrumento de la Comunidad Económica se encuentra en el artículo 100.B), apartados 1.º y 2.º del Tratado, que permite al Consejo decidir según el procedimiento del artículo 100.A) del Tratado, que las disposiciones vigentes en un Estado miembro deban ser reconocidas como equivalentes a las disposiciones de otros Estados miembros. Con ello quiere asegurarse que las disposiciones legales que con arreglo al artículo 100.A) del Tratado deban ser armonizadas no impidan la realización del Mercado Interior a 21 de diciembre de 1992, cuando no han sido armonizadas entre sí. Dado que cédula hipotecaria suiza no está regulada en ningún Estado Comunitario, no puede introducirse por el camino del reconocimiento en los otros Estados miembros. Pero incluso la introducción de la deuda territorial alemana, por ejemplo en Francia, no parece posible por este camino, pues con ello se verían afectadas determinadas condiciones de la publicidad y de la ejecución para poder incardinar la deuda territorial en el sistema de hipotecas francés. El artículo 100.B) del Tratado no ofrece, por tanto, solución.

5. TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

No pueden cerrarse acuerdos de Derecho internacional público para la armonización jurídica cuando las condiciones para su realización han sido atribuidas a los órganos comunitarios con los medios del Derecho comunitario. Dado que la introducción de la «Eurohipoteca» puede realizarse a través de un medio del Derecho comunitario, con arreglo al artículo 100.A) del Tratado, no sería admisible la firma de un Tratado Internacional en este sentido.

Una posición especial se encuentra en el artículo 220 del Tratado. Con arreglo a dicho precepto una armonización jurídica puede realizarse también mediante un Tratado entre Estados miembros, pero sólo para las excepciones previstas en el precepto. La «Eurohipoteca» no es una de estas excepciones.

Quien mantenga la opinión de que el Tratado constitutivo de la Comunidad no atribuye competencia para la creación de una «Eurohipoteca», limitaría sus posibilidades a una introducción a través de un Acuerdo Internacional. Esto, por otra parte, tendría la ventaja de que otros Estados podrían ser atraídos a la armonización jurídica. Fundamentalmente se trataría de aquellos otros Estados, que es previsible que en un futuro ingresen en la Comunidad Europea como los países del Este. La inclusión de Estados no comunitarios fue el fundamento para que el EVU se cerrase como un Acuerdo Internacional, desviándose del artículo 220 del Tratado.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

Un instrumento jurídico comunitario para la introducción de una «Eurohipoteca» tendría su fundamento en el artículo 100.A) del Tratado. Al tener que acoplarse esta figura en los diferentes Ordenamientos jurídicos nacionales, existiendo por tanto la obligación de su transposición a dichos Ordenamientos, deberá llevarse a cabo mediante una Directiva. Esta, sin embargo, debería regular muchos detalles, pues de lo contrario existe el peligro de que la institución jurídica de la «Eurohipoteca» no tuviese una forma unitaria en todos los Estados miembros de la comunidad.

D. CONCLUSION FINAL

Los derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza accesoria no se corresponden con las exigencias actuales de flexibilidad y costes. Tanto en Francia como España existen en muchos ámbitos problemas debido a la poca flexibilidad de la hipoteca de naturaleza accesoria. El mercado del crédito tiende a apartarse de construcciones especiales. En el ámbito del crédito profesional francés, hoy en día se renuncia casi siempre a la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria. Se entiende suficiente una *promesse d'hypothèque*. Esto demuestra cómo el mercado del crédito europeo exige un derecho de garantía real inmobiliaria de naturaleza no accesoria.

El principio del mutuo reconocimiento no ofrece en el ámbito de los derechos de garantía real inmobiliaria una salida hacia el Mercado Común

Europeo. Tampoco solucionan el problema las normas de colisión debido al principio de *Lex rei sitae*. Un derecho especial para el crédito hipotecario transfronterizo tampoco sería suficiente, pues quedarían limitadas las posibilidades de creación de cooperaciones y asociaciones internacionales de financiadores. Para ello debería haberse emprendido el camino de la armonización de los derechos nacionales.

Por razones comerciales también sería aconsejable la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio unitario para toda la Comunidad, la «Eurohipoteca». La construcción de esta «Eurohipoteca» debería inspirarse en la cédula hipotecaria suiza, incorporada a un título de naturaleza personal y real, independiente de la prestación (crédito), de fácil y barata constitución y transmisibilidad, y en lo posible no afectada por privilegios ocultos. En el Derecho francés y español existen supuestos excepcionales en que se reconoce la desviación del fuerte principio de accesoriedad. Por ello parece posible la incardinación de una «Eurohipoteca» en estos Ordenamientos jurídicos, aunque serían necesarias diversas modificaciones del Derecho material. Sin embargo, la «Eurohipoteca» debería tener los mismos efectos jurídicos en todo lugar.

Existe el instrumento jurídico comunitario necesario para ello. Ello rige especialmente en relación al perfeccionamiento de la protección de los consumidores a través de la transparencia. Una «Eurohipoteca» es irrenunciable para la construcción de un «Mercado Interior del crédito hipotecario».

El objetivo o fin general es la creación de un Mercado Interior en el seno de la Comunidad Europea. El Mercado Interior comprende también el mercado de la prestación de servicios en el ámbito financiero. Una parte de este mercado es el crédito hipotecario. Para la posibilidad de funcionamiento de un moderno «Mercado Interior del crédito hipotecario» es exigible la existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria flexible que esté disponible por igual en todos los Estados Comunitarios. Por ello debería apoyarse la propuesta de introducir una «Eurohipoteca».

Por la presentación y traducción,
MANUEL CASERO MEJÍAS
Registrador Mercantil de Madrid

Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA JUNTA GENERAL: 1. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL. 2. ASPECTOS RELATIVOS A LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL. 3. CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL. 4. RÉGIMEN DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS.—III. EL ORGANO DE ADMINISTRACION: 1. MODOS DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACIÓN. 2. ESTATUTO PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES: a) *La designación de administradores suplentes.* b) *Garantías en el ejercicio del cargo de administrador.* c) *Otros aspectos relativos al estatuto personal de los administradores.*—IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

No son abundantes las referencias que contiene la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada elaborado por la Comisión General de Codificación en relación con la disciplina proyectada para los órganos sociales. El Preámbulo expositivo nos advierte, en efecto, que esta forma social coincide con la anónima en la «estructura corporativa»; destaca, al mismo tiempo, que la previsión de que la representación en las reuniones de la Junta general haya de atribuirse a otro socio, salvo disposición estatutaria en contrario, constituye una manifestación del carácter «cerrado» de la sociedad, donde conviven armónicamente elementos personalistas y capitalistas; finalmente, anticipa que uno de los aspectos en que el propósito de flexibilizar el nuevo régimen jurídico se manifiesta con mayor evidencia es, precisamente, el relativo a la disciplina de los órganos sociales. Y si hubiéramos de ser rigurosos en

(*) Conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, el 4 de octubre de 1993

la singularización del eje sobre el que gira la reforma en este punto, podríamos señalar que, muy probablemente, lo constituye este último propósito de construir una disciplina legal flexible para que «la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias». Todo ello, unido al mayor detalle y amplitud con que se regulan la Junta general y el órgano de administración y a la introducción de ciertas mejoras técnicas respecto del funcionamiento de los órganos sociales en la anónima en el que, sin duda, se inspira el Anteproyecto, puede considerarse como la síntesis básica de las aportaciones que ofrece la reforma en esta materia.

Desde esta perspectiva, la estructura orgánica del tipo social se construye —como ya se ha indicado— en torno a dos órganos: la Junta general y el órgano de administración. La *Junta general*, concebida como órgano de carácter necesario —lo que implica la imposibilidad de conformar fuera del propio órgano las decisiones de los socios con trascendencia social—, sin reserva competencial alguna por razón de un carácter ordinario o extraordinario de sus reuniones en el Anteproyecto, no considera relevante —respetando así la orientación de la vigente Ley— y con su tradicional soberanía limitada al ámbito de los asuntos propios de su competencia (art. 46.1). El *órgano de administración*, igualmente concebido como necesario, con expresa administración del organicismo de terceros y con una pluralidad estructural delimitada por la Ley (art. 60.1) que, dentro de los modos de organización expresamente previstos en los estatutos, puede ser alternativamente utilizada por los socios sin el recurso a una modificación estatutaria y por simple acuerdo de la Junta general.

La normativa proyectada es, por otra parte, notablemente más extensa y detallada que la dedicada por la Ley actualmente vigente a la regulación de los órganos sociales, cuya notoria insuficiencia hubo de ser cubierta en la Reforma de 1989 con unas remisiones generales a la Ley de Sociedades Anónimas que no han dejado de suscitar algunas dudas sobre su efectivo alcance y ciertas discrepancias sobre su oportunidad. Ciertamente, y en beneficio de una aconsejable brevedad de contenido, el Anteproyecto también ha recurrido en esta materia a la técnica de la remisión legislativa, lo que podría parecer contradictorio con el propósito de elaboración de una nueva y completa disciplina legal de la sociedad de responsabilidad limitada. Pero sí se advierte, de un lado, que en materia de órganos sociales las remisiones del derecho proyectado a la Ley de Sociedades Anónimas se limitan esencialmente al procedimiento de impugnación de acuerdos sociales (arts. 59 y 73.2) y al régimen de responsabilidad de los administradores (art. 72.1), y, de otro, que tales remisiones no parecen plantear ningún problema interpretativo o de aplicación de las correspondientes normas, bien se puede concluir —a mi modo de ver— que el recurso a aquella

técnica está razonablemente justificado en este caso y no resulta perturbador en el conjunto del propio Anteproyecto.

Por lo demás, es obvio que el escaso margen de que puedo disponer para el análisis de las normas que el Anteproyecto dedica a la regulación de los órganos sociales impide una referencia pormenorizada al contenido de los veintiocho artículos que la integran. Se me permitirá, pues, que concentre mi atención en algunas de las innovaciones que comportan esos preceptos y en algunas de las cuestiones que puede suscitar su interpretación y aplicación.

II. LA JUNTA GENERAL

1. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL

Como hemos indicado, la tradicional soberanía de la Junta general aparece limitada en el artículo 46 «a los asuntos propios de su competencia». Si no fuera porque el artículo siguiente contiene una detallada delimitación de la competencia de este órgano, el Anteproyecto no habría aportado en este punto ninguna novedad respecto del modelo de configuración de las competencias orgánicas acogido en la vigente Ley de Sociedades Anónimas. Sucede, sin embargo, que el artículo 47 del texto proyectado, después de enumerar decisiones reservadas a la soberanía de la Junta, indica que también integrarán su ámbito competencial «cualesquiera otros asuntos que determinen la Ley o los estatutos». Ninguna dificultad parece entrañar la posibilidad de asignación de competencias por la propia Ley, pues en definitiva a ésta corresponde naturalmente la determinación de los asuntos reservados a la decisión mayoritaria de los socios. El reconocimiento de una eventual iniciativa estatutaria en este punto suscita, en cambio, la cuestión de una posible atribución a la Junta, por esta vía, de competencias administrativas. Se trata, por lo demás, de una cuestión que no es nueva entre nosotros y que aflora con frecuencia en las sociedades familiares o con reducido número de socios, en las que se desea reservar a la decisión de la Junta, habitualmente bajo forma de autorización, el juicio de oportunidad sobre determinados asuntos que de otro modo entrarían en la competencia del órgano de administración.

A mi modo de ver, la iniciativa del Anteproyecto pretende, sobre todo, asegurar esta posibilidad que en el sistema de la Ley de Sociedades Anónimas no deja de plantear algunas dudas sobre su admisión como secuela de una más rígida configuración de la Junta y del órgano de administración. Por supuesto, la norma no permite la atribución a la Junta, por vía estatu-

taria, de facultades representativas, pues el tenor de los artículos 65 y 66 del texto proyectado no parece suscitar dudas en este punto. Una adecuada interpretación y aplicación de la misma, tampoco deberían avalar la atribución a dicho órgano de competencias pertenecientes al ámbito de la gestión ordinaria si se quiere evitar que el equilibrio competencial entre la Junta y el órgano de administración se mantenga dentro de los límites de la naturaleza propia de ambos órganos. Pero tampoco parece inconveniente que en el ámbito interno de las relaciones interorgánicas la competencia del órgano de administración pueda quedar sometida a determinadas restricciones que, sin desnaturalizar ese equilibrio competencial, impliquen una reserva de intervención de la Junta en decisiones administrativas. Salvada la protección de los terceros por la vía de la rígida e ilimitable atribución del poder en representación al órgano de administración y asegurada la eventual exigencia de responsabilidad en los términos del artículo 133.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, tal vez no sea desacertada esta iniciativa del Anteproyecto, que, a mi juicio, debe permitir la atribución estatutaria a la Junta de concretas competencias administrativas que no alteren la natural residencia de la gestión ordinaria en el órgano de administración.

Se me dirá, y no sin cierta razón, que esta posibilidad reanima la tradicional problemática de la distribución de competencias entre los órganos sociales y, sobre todo, deja abierta la cuestión de los límites de la gestión ordinaria con el riesgo de suscitar «conflictos fronterizos» e inseguridades de orden práctico cuyo arbitraje queda confiado al criterio y profesionalidad de Notarios y Registradores o, en su caso, a las instancias judiciales. Pero no debe olvidarse tampoco que nos hallamos en este caso ante un mero subtipo de la anónima, en el que podría tener mayor sentido una más rígida configuración de las competencias orgánicas, sino ante un tipo social en el que el marco estatutario debe permitir una mayor capacidad de modulación de la presencia de los socios en las decisiones sociales en función de las particulares necesidades que cada sociedad pretende atender o encauzar. En este sentido, los inconvenientes del sistema podrían considerarse, en términos compensatorios, como el coste de la mayor polivalencia funcional del propio tipo social que se pretende diseñar.

2. ASPECTOS RELATIVOS A LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL

En relación con la disciplina vigente en materia de convocatoria de la Junta general, no son numerosas, ciertamente, las novedades que introduce el derecho proyectado. Y si se prescinde de la innovación que implica la autosuficiencia de las normas que en esta materia incluye el Anteproyecto, con la que se evitarán muchos de los problemas de interpretación que puede

suscitar la actual remisión del último párrafo del artículo 15 de la Ley de Sociedades Limitadas a la disciplina de la anónima, bien puede decirse que esas innovaciones constituyen, esencialmente, mejoras técnicas respecto de los precedentes tomados en consideración para la elaboración de la futura normativa.

Así puede advertirse, en efecto, en la mayor precisión con que aparecen delimitados en el artículo 48 los supuestos en que la convocatoria se configura como una obligación de los administradores y que se concretan, además del relativo a la Junta sobre aprobación de cuentas y censura de la gestión social, en todas las demás reuniones cuyas fechas o períodos de celebración estén expresamente determinados en los Estatutos. Y así puede advertirse, también, en el mayor rigor y concreción que el artículo 49.2 materializa la libertad estatutaria para el establecimiento de sistemas de publicidad de la convocatoria sustitutivos de la publicación en el *BORME*, que, sin mengua sustancial de la flexibilidad con que se manifiesta el legislador en el artículo 15 de la vigente Ley, vienen a introducir en el sistema factores de seguridad que, a mi juicio, son aconsejables y oportunos.

En todo caso, mayor interés y utilidad parece poseer la previsión contenida en el número 4 del artículo 48 para los casos de «fallecimiento o de cese del administrador único, de todos los administradores que actúen individualmente, de alguno de los dos administradores que actúen conjuntamente o de la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, sin que existan suplentes». La atribución a cualquier socio del derecho de solicitar la convocatoria judicial de la Junta y el reconocimiento expreso de la facultad de cualquier administrador que permanezca en el cargo para convocarla constituyen en estos casos un expediente técnico de indudable utilidad para solventar los problemas prácticos y dificultades interpretativas que, de otro modo, vendría a suscitar la imposibilidad de funcionamiento del órgano competente para acordar la convocatoria y que, como es sabido, han aflorado en algunas decisiones jurisprudenciales relativas a la sociedad anónima. Por lo demás, reservada esa excepcional atribución de competencia para la convocatoria de la reunión con el único objeto de cubrir las vacantes producidas, esta solución legislativa parece quedar al abrigo de cualquier reparo que pudiera suscitar la quiebra que comporta de la tradicional reserva en favor del órgano de administración de la competencia en materia de convocatoria de la Junta.

3. CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL

Una orientación semejante, en la que el propósito de perfeccionar técnicamente el régimen legal vigente convive con la idea de que las reglas

de funcionamiento interno deben gozar de un adecuado margen de flexibilidad en su posible conformación por vía estatutaria, es la que también parece presidir el conjunto de la disciplina relativa al desarrollo de las reuniones de la Junta general.

Si hubiera de destacar inicialmente una norma del Anteproyecto que trascendiera esta última idea en relación con la materia que ahora nos ocupa, tal vez merezca esa distinción la que en su artículo 50 se ocupa del lugar de celebración de la reunión. Independientemente de la mejora técnica que introduce su último inciso al establecer que en caso de falta de indicación en la convocatoria del lugar de celebración se entenderá que es éste el domicilio social —lo que elimina cualquier riesgo de nulidad por insuficiencia de la convocatoria en este punto—, el referido precepto admite, como se puede advertir, que los estatutos prevean la posible celebración de la Junta fuera del término municipal en que radique el domicilio de la sociedad. La amplitud de los términos en que se manifiesta la norma debe permitir, a mi juicio, la previsión estatutaria de que las reuniones se celebren fuera del territorio nacional. Pero, sobre todo, y a mi juicio con buen criterio, rompe la tradicional relación entre domicilio social y lugar de celebración de la Junta que, existiendo una cobertura informativa capaz de proporcionar el conocimiento de este último a los socios, no parece tener suficiente justificación en la actualidad y puede impedir en ocasiones una acomodación del lugar de celebración de las reuniones a las necesidades o el interés de la propia sociedad.

Aspecto igualmente no desdeñable es el relativo a la amplitud con que aparece configurado en el Anteproyecto el derecho de asistencia de los socios a las reuniones. Dejando a un lado el régimen de la asistencia por representación, que con la variante de reservar la condición de representante en favor de los socios salvo disposición estatutaria en contrario cuya inclusión permitirá desactivar el carácter «cerrado» de la sociedad, no se distancia sustancialmente del vigente y elude la referencia al sistema de solicitud pública de representación más bien propio de sociedades con forma anónima, el artículo 52 proclama con claridad el carácter individual del derecho de asistencia del socio. Claramente tributario de la idea de propiciar una más intensa tutela del socio, expresada en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, dicho precepto proscribire, en efecto, la exigencia de la titularidad de un número de participaciones para el ejercicio del derecho de asistencia a las reuniones de la Junta. Pero siendo relevante esta concreta disposición, más lo parece aún la declaración general situada al inicio del referido artículo 52, en la que categóricamente se establece que «todos los socios tienen derecho de asistir a la Junta general». Porque de ella ha de deducirse, a mi modo de ver, que tampoco serán admisibles otros condicionamientos del derecho de asistencia que los estatutos pretendan establecer,

siendo suficiente para el ejercicio de este derecho la legitimación resultante de la constancia de la condición de socio en el libro-registro a que se refiere el artículo 28. Así pues, y sin perjuicio de que sea razonable admitir que en caso de asistencia por medio de representante las normas básicas que el Anteproyecto dedica al régimen de la representación puedan ser completadas mediante una más detallada regulación estatutaria, no es dudoso que será incompatible con la configuración que el derecho de asistencia tiene en el texto proyectado cualquier restricción, directa o indirecta, que los Estatutos pretenden imponer a este derecho.

No menos oportuna parece también la supresión del sistema de adopción de acuerdos sin celebración de Junta, actualmente reservado en el artículo 14 de la Ley para los supuestos en él contemplados y que, además de las dificultades que puede plantear no sólo en materia de verificación de la autenticidad de la voluntad declarada, sino también en relación con la determinación del momento de formación de la voluntad social, puede ser eficazmente sustituido por la combinación del recurso a la Junta universal y al mecanismo de la representación. Y otro tanto cabe afirmar del mantenimiento de la actual falta de exigencias en materia de quórum de asistencia a las reuniones de la Junta e, incluso, también de la ausencia de una distinción entre primera y segunda convocatoria de la misma. De una parte, en efecto, el Anteproyecto conserva la necesaria concurrencia a la reunión de unas proporciones mínimas de capital que indirectamente deriva del sistema establecido para la formación de la voluntad social, lo que, a mi juicio, es compatible con la imposición por vía estatutaria de un quórum de constitución que respete ese sistema y sea congruente con las disposiciones al efecto contenidas en el artículo 56. De otra parte, y aun cuando su utilidad práctica sea escasamente relevante, tampoco parece incompatible con el silencio que en este punto guarda el derecho proyectado la previsión estatutaria de varias convocatorias, siempre que no altere la conformación del principio mayoritario imperativamente establecida, por lo que a sus proporciones mínimas se refiere, en el referido precepto.

Esta misma aptitud de los Estatutos para incorporar reglas de funcionamiento de la Junta congruentes con la disciplina legal puede predicarse también respecto del contenido del párrafo segundo del artículo 55.1 del Anteproyecto. No será necesario subrayar la favorable acogida que debe merecer la iniciativa de incluir en el artículo 55 del texto proyectado una regulación del ejercicio del voto en conflicto de intereses, que viene a subsanar una notable laguna de nuestro Ordenamiento societario particularmente significativa en la sociedad de responsabilidad limitada, en la que el riesgo de una colisión entre el interés del socio y el interés social al momento de la emisión del voto es potencialmente más elevado. Pero tal vez convenga destacar en este punto que el carácter abierto de la selección

de supuestos que la referida norma considera constitutivos de conflicto de intereses por prescripción legal no reduce el alcance de los términos generales con que ha sido concebida la prohibición de ejercicio del derecho de voto cuando la situación de conflicto se produzca. Y por consiguiente, que con independencia de la operatividad propia de esta previsión general queda también abierta la posible ampliación del elenco de supuestos concretos de conflicto de intereses por vía estatutaria.

4. RÉGIMEN DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS

Consciente de su relevante significación en el conjunto del sistema de formación de la voluntad social y de la conveniencia de introducir en él algunas precisiones y mejoras, el Anteproyecto dedica un precepto de amplio contenido —el art. 56— a la regulación del principio mayoritario para la adopción de los acuerdos sociales. Si bien se advierte, la base utilizada para el cómputo de las votaciones está constituida en todos los casos por una determinada proporción de capital. Así, la que podríamos denominar mayoría ordinaria (art. 56.1) requiere que los votos que hayan de integrarla representen, cuando menos, el veinticinco por ciento del capital; y así, también, en los supuestos en que se impone una mayoría de votación reforzada, esa medida de participación en el capital alcanza en unos casos a la mitad del mismo y se eleva en otros hasta las dos terceras partes (art. 56.2).

Ciertamente, la opción elegida por el Anteproyecto en este punto induce a pensar de modo inmediato en una influencia de criterios netamente capitalistas para la formación de la voluntad social, cuando es lo cierto que la elección ha obedecido en esencia al propósito de asegurar en los términos más simples el nivel mínimo de representatividad de las votaciones que razonablemente parecía exigible según la relevancia de los asuntos a que las mismas se refieran. En todo caso, cualquier valoración que desde esta perspectiva pueda merecer la orientación del Anteproyecto no excederá del ámbito puramente especulativo toda vez que lo relevante es la expresa habilitación a los Estatutos contenida en el propio precepto (art. 56.3) para exigir, si se considera procedente, que a la proporción de capital legal o estatutariamente establecida haya de añadirse el requisito del «voto favorable de un determinado número de socios». La Exposición de Motivos recuerda, en efecto, que por esta vía «los Estatutos pueden acentuar el grado de personalización» de la sociedad y con ello parece que aun cuando el derecho proyectado atribuya a los Estatutos un margen de libertad menor que el que actualmente les otorga el párrafo tercero del artículo 14 de la Ley, no carece de la flexibilidad necesaria para que los socios puedan

—como señala el propio Preámbulo expositivo— «adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias», sin mengua de las mínimas garantías de representatividad que se consideran necesarias en materia de formación de la voluntad social.

Por lo demás, tal vez sea ocioso recordar que teniendo las exigencias legales el carácter de mínimas, los estatutos no sólo pueden introducir en ellas el refuerzo del principio viril, sino que también pueden incrementar las proporciones de capital legalmente establecidas con carácter general o para decisiones que afecten a determinados asuntos (art. 56.3, *ab initio*). Respetando esas exigencias mínimas y la invariabilidad de la mayoría establecida para los acuerdos relativos a la separación de los administradores y al ejercicio de la acción social de responsabilidad (arts. 71.2 y 72.2), el margen de libertad de las previsiones estatutarias no tiene, en efecto, otras fronteras que las derivadas de la expresa proscripción de la unanimidad (art. 56.3) y la prohibición de «limitar el número de votos a emitir por un socio» (art. 56.4). La primera, por razón del respeto que merece la esencia del principio mayoritario, y la segunda, por razones de congruencia con el principio de igualdad de las participaciones sociales (art. 5.1) y de mayor tutela del derecho de voto del socio en un tipo social donde no es previsible que su número sea excesivamente elevado.

III. EL ORGANO DE ADMINISTRACION

1. MODOS DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACIÓN

En materia de estructura del órgano administrativo, el Anteproyecto no presenta grandes novedades —aunque sí algunas— respecto de la orientación seguida en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Reglamento del Registro Mercantil, por lo demás actualmente incorporada también a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de las remisiones legislativas contenidas en los artículos 12 de su Ley reguladora y 174.8.º de dicho Reglamento. De conformidad con lo establecido en el artículo 60.1 del texto proyectado, la organización de la administración social puede adoptar la forma unipersonal, siendo en este caso articulada sobre la figura del administrador único, o pluripersonal si se confía «a varios administradores que actúen solidariamente, a dos administradores que actúen conjuntamente o a un Consejo de Administración». En todo caso, es a los Estatutos a quienes corresponde, por expresa previsión legal (art. 13.6.º) la determinación del «modo o modos de organizar la administración de la sociedad» dentro del marco de posibilidades predispuesto por la Ley.

Tal vez se pueda pensar, por ello, que el Anteproyecto olvida su propósito de ofrecer fórmulas flexibles que propicien un alto grado de libertad en la autoorganización de la sociedad. Pero si se advierte que no obstante el carácter cerrado de las alternativas incluidas en el referido artículo 60 y la existencia de algunas limitaciones en la conformación de algunas de ellas —dos administradores en caso de actuación conjunta o no más de doce en caso de Consejo, por ejemplo—, el cuadro de posibilidades ofrecido resume —sin ser omnicompreensivo, desde luego— las variables de más frecuente utilización en la práctica y proporciona un amplio margen para la elección del modo de organización más adecuado en cada caso, bien se puede estimar —a mi modo de ver— que la orientación seguida por el Anteproyecto en este punto no compromete sustancialmente la flexibilidad del sistema. Al fin y a la postre, la racionalidad y la libertad no se contraponen, sino que se complementan, y aquélla puede introducir factores de moderación que conjuren el riesgo de excesos en el ejercicio de la más libre facultad de elección.

Esa determinación de la estructura del órgano administrativo es además contenido necesario de los Estatutos sociales (art. 13.6.º). Mas frente a la orientación seguida por el legislador en la Reforma de 1989, el Anteproyecto introduce ahora una interesante y a mi juicio oportuna innovación que con anterioridad a dicha Reforma venía siendo ya admitida en la práctica societaria. Se trata, como es sabido, de la posibilidad de prever estatutariamente el recurso a varios de los modos de organización diseñados por la Ley para que posteriormente sea la Junta general quien sin necesidad de modificar los Estatutos sociales determine aquel que de entre ellos asumirá con carácter permanente la gestión y representación de la sociedad, pudiendo ser posteriormente elegido cualquier otro modo de los previstos mediante simple acuerdo de la propia Junta que deberá ser inscrito en el Registro Mercantil. Los apartados 2 y 3 del artículo 60 del Anteproyecto introducen así, en efecto, un factor de flexibilidad en la conformación del órgano de administración que, sin mengua de la seguridad proporcionada mediante la publicación registral de la estructura de dicho órgano vigente en cada momento, aporta una mayor racionalidad al sistema de elección del modo de organizar la administración social.

Por lo demás, cuando el órgano administrativo adopte estructura colegiada quedará sometido a ciertas limitaciones previstas en el derecho proyectado. De una parte, el número de miembros del Consejo de Administración no podrá exceder de doce, proporción considerada suficiente para subvenir las necesidades de unas sociedades que por las características propias del tipo social no llegarán, previsiblemente, a poseer un elevado número de socios y que, al propio tiempo, permitirá evitar la formación de órganos hipertróficos para servir a motivaciones ajenas al eficaz funcionamiento de la administración social que no parecen merecedoras de la pre-

ferente atención del legislador. De otra parte, el Anteproyecto prescinde del sistema de representación proporcional para el nombramiento de los administradores, cuya inclusión en la Ley de Sociedades Anónimas ya mereció en su día una acogida escasamente favorable en nuestra más autorizada doctrina (GARRIGUES) por estimar —como indica la Exposición de Motivos— que la iniciativa contribuirá a evitar «que el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad». Y finalmente, el Anteproyecto ha optado por remitir el régimen de la delegación de facultades a la disciplina vigente para la anónima, con la única excepción de que habrá de recaer necesariamente en «uno o varios Consejeros delegados» (art. 60.1 *in fine*), sin duda justificada por el límite establecido para el número de componentes del Consejo y por el propósito de no propiciar una innecesaria complejidad en la estructura de la administración social mediante la duplicación de órganos colegiados, suscitándose no obstante la duda de si, a la vista de lo dispuesto en el párrafo segundo de la regla cuarta del artículo 65.2, aquella limitación será compatible con la designación de más de dos delegados que actúen conjuntamente.

2. ESTATUTO PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES

Tampoco son muy numerosas las novedades que el Anteproyecto ofrece en relación con el Estatuto jurídico de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada, aunque tal vez, y prescindiendo de algunas que comportan meras variaciones de detalle, sea interesante detenerse en la consideración de las más significativas.

a) *La designación de administradores suplentes*

Así sucede, en efecto, con la posibilidad de nombrar «suplentes de los administradores para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos», insinuada en términos poco precisos por el vigente Reglamento del Registro Mercantil (art. 94.4.º) y expresamente admitida ahora en el artículo 62 del texto proyectado.

El mecanismo de suplencias viene a sustituir de este modo el sistema de nombramiento por cooptación, con una funcionalidad semejante y dentro del más estricto respeto al principio de competencia exclusiva de la Junta general en materia de nombramiento de los administradores. Por otra parte, la excepcionalidad de la figura del administrador suplente no sólo resulta de la circunstancia de hallarse vinculada la eficacia de su nombramiento al cese del anterior titular, sino también de la duración prevista para el ejer-

cicio del cargo en sustitución del administrador cuyo cese por cualquier causa desencadene el mecanismo de la suplencia y que, en caso de tratarse de administrador nombrado por un plazo determinado, se extenderá al «período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra» (art. 62.2), a menos, obviamente, que la Junta considere conveniente nombrar un nuevo titular y no hacer uso del mecanismo de la suplencia.

Por lo demás, esta observación nos permite recordar también que frente a la situación actual resultante de la interpretación que la Dirección General de los Registros y del Notariado viene realizando del artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (véanse, entre otras, las Resoluciones de 13 de marzo y 6 de mayo de 1991), el Anteproyecto admite expresamente el nombramiento de los administradores por tiempo indefinido elevado, a mi juicio con buen criterio, a la condición de regla general, salvo que los Estatutos —y no la Junta general al efectuar el nombramiento— establezcan un plazo concreto para el ejercicio del cargo (art. 63.1).

b) *Garantías en el ejercicio del cargo de administrador*

La preocupación por las necesarias garantías en el ejercicio del cargo de administrador parece hallarse esencialmente presente en tres normas del Anteproyecto. De un lado, ésta puede ser una de las razones que subyacen en la prohibición de que la sociedad anticipe fondos y conceda créditos o préstamos a sus administradores, preste garantías en su favor o les facilite asistencia financiera, que ha sido incorporada al artículo 10 del texto proyectado y que la Exposición de Motivos incardina entre las normas inspiradas en la tutela de socios y terceros «a través de un régimen sustantivo más riguroso en defensa del capital social». De otro lado, esta misma motivación ha trascendido a la disciplina aplicable en caso de establecimiento o modificación de «relaciones de prestación de servicios o arrendamientos de obra de carácter civil, mercantil o laboral entre la sociedad y uno o varios de sus administradores». En efecto, movido sin duda por el propósito de prevenir el riesgo de eventuales compromisos abusivos o perjudiciales para los intereses sociales en beneficio de los administradores afectados, el artículo 70 del Anteproyecto residencia las decisiones correspondientes fuera del ámbito de competencia del órgano de administración, reforzando la garantía que comporta esta medida con la privación del derecho de voto en la Junta general a quienes en su doble condición de socios y administradores se hallen directamente interesados en el establecimiento de las referidas relaciones contractuales con la sociedad (art. 55).

Siendo relevantes las normas anteriores, tal vez sea la prohibición de competencia regulada en el artículo 68 del texto proyectado la que de modo

más explícito aborda la cuestión del conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad. Sorprenderá, sin embargo, que la norma haya omitido una específica referencia a la tradicional incompatibilidad definida precisamente por referencia a las situaciones de conflicto de intereses y se haya limitado, de modo concreto, a establecer una prohibición de «dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad». Mas el silencio del Anteproyecto sobre esta cuestión no implica, a mi modo de ver, una libertad de acción de los administradores afectados por dicha situación que normalmente, si se excluye la hipótesis de actividad competitiva contemplada en el texto, será ocasional y no permanente.

Las situaciones de conflicto de intereses, caracterizadas con frecuencia por ciertas dificultades de delimitación y valoración, pueden ser suficientemente abordadas, desde luego, por referencia al deber de lealtad en el ejercicio del cargo de administrador que impone el artículo 64 y en el marco de la acción de responsabilidad regulada en el artículo 72, sin necesidad de incluirlas en una disciplina tan específica como la prevista para la actividad competitiva con la sociedad. Esta última ha sido construida, como se puede advertir, con un rigor y una inmediatez en sus consecuencias que no parecen compatibles con la mayor ponderación de las circunstancias que requerirá el examen de cualquier otra hipótesis de conflicto de intereses. Porque, en efecto, mientras el deber de abstención en las decisiones afectadas por la situación de conflicto —o el debate en el seno de la Junta general sobre la conducta del administrador que no se ha abstenido— pueden servir suficientemente para el tratamiento de los restantes casos de conflictos de intereses, la habilitación a cualquier socio para solicitar del Juzgado el cese del administrador incurso en la prohibición de competencia, siendo una medida de probable eficacia para la efectividad de la prohibición, tal vez constituiría una medida correctora excesivamente rigurosa o, si se quiere, perturbadora para la valoración y control de las demás situaciones en que un potencial conflicto de intereses incida sobre la conducta de un administrador.

Por lo demás, parece claro que en el supuesto regulado por el artículo 68 el acceso de cualquier socio al Juzgado de Primera Instancia —por el cauce, tal vez, de los arts. 1.811 y sigs de la LEC— es directo o, dicho de otro modo, no requiere ningún planteamiento previo de la cuestión ante la Junta general. En este sentido, la medida vendría a configurar un derecho individual del socio, que a la vez es indirectamente derogable por la Junta general mediante acuerdo de autorización enervando la prohibición de competencia que afecte al administrador. No es dudoso, en efecto, que preexistiendo la autorización el acceso del socio a la vía judicial queda cerrado. Mas la norma suscita, en cambio, la duda de si una decisión de la Junta general concediendo la autorización con posterioridad a la presentación al

Juzgado de la solicitud de cese del administrador incurso en la prohibición permitirá paralizar la iniciativa del socio dando lugar a la conclusión de los autos. Y, bajo este aspecto, no deja de ser conveniente que en la tramitación aún pendiente del Anteproyecto se llegara a clarificar esta cuestión mejorando o complementando la redacción actual de la norma.

C) *Otros aspectos relativos al estatuto personal de los administradores*

Otros diversos aspectos de los preceptos que en el texto proyectado se refieren al estatuto jurídico de los administradores merecerían también una atención más detenida que la permitida por las directrices de tiempo y espacio a que he de someter esta exposición. Por ello, y cumpliendo el objetivo esencialmente expositivo a que la misma obedece, me limitaré a una breve reseña de las más significativas.

En materia de retribución de los administradores y con independencia de la configuración del cargo como gratuito salvo disposición estatutaria en contrario (art. 69), merece, a mi juicio, estimación favorable el límite porcentual establecido para el caso de que se prevea una participación en beneficios al que la Exposición de Motivos atribuye una función tutelar de la posición de socio y que puede contribuir positivamente a la corrección de situaciones abusivas no desconocidas en la práctica societaria. Ninguna disposición contempla, sin embargo, la posibilidad de compatibilizar la retribución propia del cargo de administrador con la que en casos singulares pudiera derivar de una relación de prestación de servicios constituida al amparo de lo establecido en el artículo 70. Pero nada parece oponerse a ella siempre que la acumulación responda al desempeño por el interesado de funciones que excedan de las propias del cargo de administrador. Y en este caso, como ya se ha indicado, la necesaria tutela del interés social vendrá asegurada por la exigencia de que el establecimiento de la relación de servicios haya de acordarse por la Junta general con las limitaciones de voto previstas en el artículo 55.

Alguna referencia merece también el régimen de separación de los administradores, regulado en el artículo 71 del Anteproyecto. Esta norma, como se puede advertir, sigue el tradicional criterio de la revocabilidad *ad nutum* del cargo de administrador por razón de la relación de confianza que caracteriza la vinculación establecida entre el titular del cargo y la sociedad. El texto proyectado no otorga un tratamiento diferenciado al acuerdo de separación por razón de la distinta fuente de nombramiento, como, en cambio, lo hace el vigente artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y ésta es, a mi modo de ver, una iniciativa acertada si se advierte que la exigencia de nombramiento de los primeros administra-

dores en la escritura de constitución (art. 12.2.6.º) responde a necesidades de naturaleza funcional que no justifican la atribución a las personas así designadas de un *status* diferenciado en materia de revocación respecto del propio de los restantes administradores.

Por lo demás, al disponer que el acuerdo de separación podrá ser adoptado por la Junta aun cuando «no conste en el orden del día», el texto del artículo 71 del Anteproyecto no ha seguido fielmente el precedente del artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas en el que se establece —como es sabido— que la separación podrá ser acordada «en cualquier momento». No se trata en este caso, como pudiera pensarse, de una iniciativa impremeditada o, si se quiere, desconocedora de las discrepancias interpretativas que en nuestra doctrina ha suscitado la expresión utilizada en el referido artículo 131. Consciente de esa discrepancia doctrinal, la ponencia redactora del Anteproyecto ha querido clarificar la cuestión adoptando —con mayor o menor acierto— por aquella interpretación que equipara la expresión «en cualquier momento» a la inexistencia en el orden del día de una expresada referencia a la separación. Y así fue aceptada la propuesta en el curso del debate que sobre el tema se desarrolló en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presidido por la idea de que ambos modos de expresarse —el de Ley de Sociedades Anónimas y el del Anteproyecto— han de considerarse equivalentes o, si se quiere, de idéntico significado, de tal manera que el texto proyectado no pretende rectificar la orientación seguida por la Ley de Sociedades Anónimas, sino simplemente clarificar el alcance de la expresión utilizada por ella.

Otros aspectos del Anteproyecto merecen, finalmente, una consideración menos detenida por no comportar variaciones sustanciales respecto de la regulación establecida en la Ley de Sociedades Anónimas. Así sucede, en efecto, en materia de representación, en la que el artículo 65 se limita a reproducir el contenido del artículo 128 de la referida Ley, y el artículo 124.2 del Reglamento del Registro Mercantil, con la única supresión de la letra e) de este último precepto por estimar que la hipótesis contemplada en la misma queda suficientemente atendida con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 60.1, a cuyo tenor «en caso de Consejo de Administración, los Estatutos determinarán las reglas de su organización y funcionamiento», y por aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo de la regla 4.ª del artículo 65.2. Así sucede también con la disciplina propia del ámbito del poder de representación, que respetuoso con la orientación impuesta por la Primera Directiva de la CEE, reproduce literalmente el texto del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas. Así sucede igualmente con el régimen de responsabilidad de los administradores, respecto del que la remisión del artículo 72 del Anteproyecto a «lo establecido

para los administradores de sociedad anónima» nos excusa en este momento de cualquier análisis más detallado. Y así sucede, en fin, con la regulación de la impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración, remitida por el artículo 73.2 a las normas aplicables a la impugnación de los acuerdos de la Junta general de accionistas y reservada por el artículo 73.1 únicamente a los administradores por estimar que la atribución de legitimación a una minoría, de modo semejante a lo establecido en el artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas, podría no estar suficientemente justificada en las sociedades limitadas en las que, tal vez, pudiera servir de cauce para la indirecta afloración de disputas entre los socios, con la consiguiente perturbación del normal desarrollo de la vida social.

IV. CONCLUSION

Llegado el momento de concluir esta breve incursión en el conjunto de normas que el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada dedica a la regulación de los órganos sociales y en mi doble condición de autor de la misma y miembro de la ponencia que en su día redactó la propuesta de texto sobre la que se desarrollaron los debates en el seno de la Comisión de Codificación, no quisiera dejar de resaltar la significación que este texto prelegislativo tiene como documento de trabajo en el proceso de reforma que se ha iniciado. Ciertamente, a mi modo de ver, ese conjunto normativo merece una valoración favorable por la mesura y claridad de sus preceptos, por el acierto de las innovaciones que incorpora a nuestro Derecho societario y por la ponderación y equilibrio con que ha sido construido. Claro es que cuando se ha participado tan directamente en la gestación de un trabajo prelegislativo no resulta fácil desprenderse de esa especie de vínculo paternal establecido entre la obra y sus autores, con el riesgo consiguiente de incurrir en una sobrevaloración afectiva. Por esta razón, quisiera recordar aquí que nada está más lejos del ánimo de cuantos hemos participado en la elaboración de su contenido que la consideración del mismo como un producto acabado. Si los textos legales son siempre perfectibles en la búsqueda de una mayor acomodación a las necesidades del tráfico al que han de servir, más han de serlo, lógicamente, aquellos documentos de trabajo que, como este Anteproyecto, han de decantar en su día las leyes aplicables. Bienvenidas sean, pues las observaciones, críticas y mejoras que el Anteproyecto pueda recibir. Y en esta misma medida son bienvenidas las que procedan de estas Jornadas de estudio en las que he tenido la satisfacción de poder participar.

JUAN LUIS IGLESIAS PRADA
Catedrático de Derecho Mercantil

DICTAMENES Y NOTAS

Derecho comunitario y protección de los consumidores (1)

La protección de los consumidores ha sido la última política comunitaria adoptada y aún está pendiente de entrar en vigor, ya que adquiere carta de naturaleza en el Tratado de Maastricht. Este Tratado, incluyéndola en su artículo 3.s), erige la política de protección en medio de consecución de los fines comunitarios, y le dedica un Título y un artículo. El Título XI de la tercera parte, bajo el epígrafe «Protección de los consumidores», y el artículo 129.A), que constituye el contenido de éste. Dice el artículo 129.A):

«1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

- a) medidas que adopte en virtud del artículo 100.A) en el marco de la realización del mercado interior;
- b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de *proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y de garantizarles una información adecuada.*

(1) El Colegio de Registradores, dentro del II Programa de Protección Inmobiliaria de los Consumidores, ha organizado un curso sobre Derecho comunitario con ocasión de la Semana Registral de la Casa de América (mayo 1993) y las I Jornadas sobre Protección Registral a los Consumidores en el marco de las Directivas Comunitarias (junio 1993), así como publicado la «Guía de Transacciones Inmobiliarias en España» (Interiores y Transfronterizas) (julio 1993) y el folleto o impreso sobre «Adquisiciones inmobiliarias en España» (noviembre 1993) Publicaciones que se complementan con el libro *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, de inmediata aparición. Y precisamente un capítulo de este libro sirve de introducción al Segundo Plan de Acción Trienal (1993-1995), titulado «Poner el mercado único al servicio de los consumidores europeos», que por su especial importancia es objeto de publicación separada para que sirva de base jurídica de estudio y análisis crítico. Su divulgación, pues, se justifica en sí misma como medio de colaboración con el Servicio de Política de los Consumidores de las Comunidades Europeas.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189.B) y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comunidad».

La acción comunitaria, en el Tratado de Maastricht, se enfoca en un doble aspecto. Por una parte, provocar la armonización legislativa, complementando las disposiciones nacionales y permitiendo la mayor protección estatal, y, por otro, adoptar actos concretos en determinados sectores. Doble acción que da lugar al tratamiento de esta política como *presupuesto intrínseco* de otras políticas comunitarias y, a su vez, a la creación de un *Derecho autónomo del consumo* o cuerpo de normas comunitarias (2).

Ahora bien, la protección comunitaria de los consumidores, sin llegar a ser una política específica de las CC.EE., cuenta ya con larga tradición dentro de éstas. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (3) distingue tres fases de evolución, a la que debe añadirse una cuarta constituida por el Tratado de Maastricht. La primera fase, durante la vigencia de la que denomina «Europa de los mercaderes (1957-1972)», la protección de los consumidores no aparece dentro de los objetivos de los Tratados institutivos, ya que «la concepción liberal-individualista de la economía» y «las finalidades perseguidas en el propio Tratado de Roma» «parecían ser suficientes como para asegurar la situación de los consumidores». Sin embargo, la fuerza de las empresas, el desarrollo del crédito y la publicidad durante esta etapa —en palabras de BOURGOIGNIE— “productivista” mostró «el desequilibrio real» y

(2) De forma parecida al tratamiento del medio ambiente.

Se trata de proceder a la armonización vertical —sobre ciertos productos— y a la armonización horizontal —creando un verdadero Derecho de consumo—, en terminología de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, ya que esa armonización vertical era la causa de la paralización de la «política» consumerista («Comunicación nuevo impulso de 1985», *op. cit.*, pág. 35).

En realidad la armonización horizontal viene referida —por este autor— a la actuación comunitaria sobre «varios productos o una categoría de ellos» (*op. cit.*, pág. 55).

(3) *Op. cit.*, págs. 22 y sigs.

En cuanto a su origen, según este autor debe encontrarse su antecedente inmediato, fuera de ciertas normas del Derecho romano protectoras de la parte contratante más débil, en la segunda mitad del siglo xx dentro de los países industrializados. De forma especial, en Inglaterra, el Informe Molony (1962) y, sobre todo, en Estados Unidos, el Mensaje especial al Congreso sobre protección de los intereses de los consumidores, dirigido por KENNEDY (15-3-1962): *op. cit.*, págs. 22-23. No obstante, como luego expondremos, en España sus antecedentes son remotos (Reales Ordenanzas de la Ciudad de Plasencia, siglos xv y xvi).

la debilidad de la situación de los consumidores e hizo necesario la creación, durante los años 1962-1972, del «Comité de contacto con los consumidores de la Comunidad Europea» a iniciativa de la Comisión, como lo fue en 1968 la «nueva unidad administrativa denominada “Servicio especializado para las cuestiones relativas a los consumidores”, dependiente de la Dirección General encargada de los asuntos de la competencia». En esta fase el consumidor se identifica con el «adquirente de bienes o usuario de servicios».

La segunda fase, «el diseño de la Europa de los ciudadanos (1972-1984)», iniciada por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de París (1972), donde se pide «a los órganos comunitarios el establecimiento de medidas tendentes a reforzar y coordinar las acciones dirigidas a proteger a los consumidores», supone la creación del Servicio de Medio Ambiente y Protección de los Consumidores —luego, en 1973, Dirección General—, de un Comité Consultivo de los Consumidores y la elaboración de un proyecto de acción comunitaria que dio lugar al *Programa preliminar para una política de protección e información a los consumidores* (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975) (4). Este programa amplía, por un lado, el concepto de consumidor, extendiéndolo no sólo al «comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino —a— una persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarlo directa o indirectamente como consumidor». Y por otro, sistematiza y define los *derechos fundamentales de los consumidores*. A saber: «el derecho a la protección de la salud y seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos, el derecho a la información y a la educación y el derecho a la representación (a ser oídos)».

El Programa preliminar planteó —indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE— graves problemas de ejecución, motivados principalmente por la crisis económica derivada de la crisis del petróleo (5) y por la disparidad de legislaciones y de políticas nacionales, unidas a las reglas de adopción de acuerdos en el seno del Consejo, que sólo dio como fruto Directivas en materia de protección de la salud y seguridad de los consumidores. Fue el TJCE quien en la sentencia Cassis de Dijon marcó, una vez, un importante giro en esta materia al admitir *trabas estatales a la libre circulación de mercancías* —una de las libertades comunitarias— por imperativos de protección de los consumidores. No obstante, el Programa preliminar supuso un importante avance en la definición de la «política comunitaria» consumerista.

(4) Todas las referencias entrecomilladas se hacen al estudio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE. En el resto se sigue el esquema de este autor.

(5) Las medidas protectoras suponían una carga económica para las empresas.

Por Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 se aprueba el Segundo programa para una política de protección y de información a los consumidores y el Consejo de Ministros de 1983 da un nuevo impulso a la materia. El Segundo programa «se estructura en torno a los derechos básicos de los consumidores» que —el Programa preliminar— «define» sentando los cimientos del diálogo social en este ámbito en torno al «control de los precios» y a la «calidad de los servicios públicos o privados».

La tercera fase, «el relanzamiento de la Europa de los ciudadanos»—, «coincide ampliamente —dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE— con la “Europa de los consumidores”». En ella surge la Comunicación de la Comisión de 4 de julio de 1985, denominada «Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores» y se adoptan, por fin, un grupo de *Directivas* en esta materia. *Directivas sobre la publicidad engañosa* (10-9-1984) (6), la *responsabilidad por los productos defectuosos* (25-7-1985), la *protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales* (20-12-1985) (7) y el *crédito al consumo* (22-12-1968) (8).

A la Comunicación siguió la Resolución relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores (23-6-1986), que pone de manifiesto la fuerte vinculación entre las políticas de consecución del mercado interior y la de protección de los consumidores. Sin embargo, la oportunidad de estructurar una política comunitaria específica se perdió en 1987 en el Acta Unica Europea, que siquiera incluye una referencia en el artículo 100A.3 a la armonización de legislaciones estatales.

Dice el artículo 100A.3: «La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de legislaciones en materia de salud, seguridad, *protección del medio ambiente y protección de los consumidores*, se basará en un nivel elevado de protección». Este artículo, que debe valorarse positivamente, observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, plantea el *problema fundamental* de la protección de los consumidores: los distintos niveles de protección existentes en los Estados miembros. Problema que llevaba, a pesar de la introducción de la regla de mayorías para adoptar

(6) Relacionada con el Real Decreto 5151/1989

(7) Traspuesta en España por Ley de 21 de noviembre de 1991. Afecta sólo a los bienes muebles.

V. MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Protección al consumidor *ius poenitendi* en ciertos documentos privados (Ley 21 noviembre 1991)», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 1/1992, págs. 257 y sigs.

(8) A ellas puede añadirse la Directiva 87/357/CEE, de 25 de junio de 1987, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre los productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores (v. LÓPEZ GARRIDO para el texto de todas, *op cit.*, t. II, págs. 825 y sigs.).

La Directiva sobre crédito al consumo es de especial trascendencia inmobiliaria

acuerdos comunitarios, a una situación de «ambigüedad, lentitud y falta de eficacia práctica».

El Plan Trienal de acción sobre política de los consumidores en la CE (1990-1992) vio la luz, tras el Acta Unica Europea, por acuerdo de la Comisión de 3-5-1990 y partiendo del principio de subsidiariedad que se aplica a esta materia y a la necesidad de consolidar los avances que suponen la organización comunitaria de protección de los consumidores y, en concreto, las disposiciones sobre responsabilidad de producto (Directiva 85/374), publicidad engañosa (Directiva 84/540), créditos (Directiva 87/102), venta a domicilio (Directiva 85/112)..., en ejecución de la Resolución de 9-11-1989 sobre desarrollo de una política de los consumidores que haga posible el Mercado Interior, la Comisión —decimos— aprueba el Plan Trienal de Acción sobre cuatro pilares: 1.º La representación de los consumidores. 2.º La información de los consumidores. 3.º La seguridad de los consumidores. Y 4.º Las operaciones comerciales de los consumidores.

En cuanto a la representación, postula como medidas de apoyo el «completar la instauración y el desarrollo del Consejo Consultivo de los Consumidores y, si es necesario, contribuir a que los Estados miembros dispongan de enfoques similares», el respaldo del «desarrollo de las organizaciones de consumidores, especialmente en el sur de Europa y en Irlanda», y el fomento de «una mayor concertación entre productores y consumidores».

En relación a la información, se plantea la creación de «centros de información al consumidor» y potenciar una política de transparencia en «los servicios bancarios, de seguros y otros de carácter financiero».

En tanto a la seguridad, propone el necesario intercambio rápido de información y la regulación de la responsabilidad del prestador de servicios, así como modificar la responsabilidad de productos.

Y por lo que se refiere a las operaciones comerciales, la aprobación de disposiciones sobre multipropiedad, cláusulas abusivas, simplificación de contratos, garantía y servicios postventa de carácter transfronterizos y ventas a distancia, mejorando a un tiempo «el acceso de los consumidores a la justicia y al resarcimiento» (9).

El Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas emitió un dictamen el 26-9-1991 sobre «La realización del mercado interior y la protección de los consumidores», publicado el 31-12-1991 (*DO*, núm. C 339), que en unión de otro dictamen sobre «El consumidor y el mercado interior» de 25-1-1993 (*DO*, núm. C 19), que incorpora a su vez el Informe de la Sección de Medio Ambiente, Sanidad y Consumo (ATAIDE FERREIRA, DE KNEGT y PROUMENS), y el estudio de BALATE, DEJEMEPPE y GOYENS (30-6-92), supone un análisis profundo y crítico de la situación publicado en

(9) *Estudios sobre Consumo*, núm. 18, págs. 223 y sigs.

nuestra lengua común a instancias del Presidente de esa Sección, el español FRANCISCO CEBALLO HERRERO (10).

El Comité Económico y Social, como reconoce el Comisario KAREL VAN MIERT en el Prefacio de la publicación, abogaba en los últimos años, y así consta en el dictamen de 26-9-1991, por la inclusión de un capítulo especial en el Tratado de Maastricht, que, dice, es «ilusorio pretender construir un mercado interior y, aún más, un espacio social europeo sin dotarse de una política específica que permita tener en cuenta los deseos legítimos de uno de los interlocutores necesarios para llevarlo a buen término: el consumidor»; y en consecuencia y a pesar de los cambios introducidos por el Acta Unica, todavía «no existe, a nivel comunitario, un fundamento jurídico adecuado para asentar una verdadera política del consumo», y, a un tiempo, debe mencionarse de «forma explícita la protección de los consumidores en los objetivos de la Unión Europea». «Se trata de dotar a las instituciones de los medios necesarios para llevar a cabo una política de protección de los consumidores específica y activa, pero también para tener en cuenta los intereses de los consumidores en la aplicación de otras políticas que les afecten». Asimismo se solicita que se citen en el Tratado los derechos de los consumidores reconocidos por los organismos internacionales, partiendo del presupuesto —añade— de que las propuestas de la Comisión deberán ser presentadas obligatoriamente para consulta del Comité.

En la actualidad, la representación de los consumidores en Europa se canaliza a través de los siguientes organismos: 1.º El Servicio de “Política de los consumidores” de la Comisión, a cargo de una persona con categoría de Director general (se postula la creación de una Dirección General específica). 2.º El Consejo Consultivo de los Consumidores, resultado de la remodelación del antiguo Comité, integrado por representantes de las cuatro principales organizaciones europeas (BEUC, COFACE, CES y EORO-COOP) y las organizaciones nacionales. No obstante, si bien el Servicio consulta habitualmente a este Consejo, no lo hacen así otras Direcciones Generales, con lo que se disminuye su eficacia (se parte de que el Derecho de consumo es materia interdisciplinaria, por lo que afecta a las distintas políticas de la Comisión y no sólo a la de ese concreto Servicio). 3.º El Parlamento Europeo, a través del Comité permanente de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor, firmemente decidido al estudio de los «temas de especial interés para los consumidores» y que colabora directamente con el Comité Económico y Social. 4.º Este mismo Comité

(10) A quien debo agradecer el ejemplar de que dispongo. Fue presentado en España en las I Jornadas sobre la Protección Registral a los Consumidores en el marco de las Directivas comunitarias (21 y 22 de junio 1993), donde intervino personalmente. Estas Jornadas fueron organizadas por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores.

(CES) y, en concreto, la Sección de Medio Ambiente, Sanidad y Consumo, donde todavía la representación de los consumidores es minoritaria. 5.º El Consejo de Ministros, que debe continuar la línea de dedicar algunas reuniones al tema de la protección de los consumidores (11). 5.º Las organizaciones de consumidores de Europa, destinatario final de la eficacia de las medidas que se adopten en esta materia. Se recomienda el apoyo presupuestario del Servicio de la Comisión a su establecimiento y difusión.

Por otro lado, el CES postula la plena aplicación de la Resolución del Consejo de 15-12-1986 sobre integración de la política de consumo en las demás políticas comunitarias y el desarrollo de la investigación en este campo. Destaca, por su parte, los límites de la técnica de la "armonización mínima" (es decir, el respeto al *standard* máximo de protección de la legislación nacional) empleada por la Comunidad. Sobre todo, la dificultad de armonizar los textos jurídicos y la interpretación de los mismos en cada Estado miembro, con el problema añadido de la trasposición paulatina. Además, la técnica del "reconocimiento mutuo" o "integración negativa" plantea asimismo diferencias sustanciales en la aplicación de las normas de consumo, ya que, por ejemplo, en materia de seguros el control administrativo de las compañías por los Estados miembros difiere notablemente.

Sus conclusiones son las siguientes: «El Comité, con relación a la plena realización del mercado interior y a la conferencia intergubernamental sobre la unión política, formula las recomendaciones siguientes:

1.ª «El Comité pide a los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el marco de la conferencia intergubernamental sobre la unión política:

- que prevean, en el tratado de la unión política, una disposición dedicada específicamente a la política comunitaria con relación a los consumidores en la que figuren los derechos fundamentales de los consumidores;
- que prevean que el Comité, a la vista de su composición y del papel de representación de los consumidores que desempeña en el seno de la Comunidad, sea consultado obligatoriamente sobre las propuestas de la Comisión relativas a la protección y promoción de los intereses de los consumidores».

2.ª «El Comité pide al Consejo de Ministros:

- que celebren regularmente reuniones dedicadas específicamente a asuntos relacionados con la protección y promoción de los intereses de los consumidores;

(11) Denominado, a partir del día 8-11-93, Consejo de la Unión Europea.

- que adopte un presupuesto comunitario destinado a los consumidores en el que se tengan en cuenta de forma efectiva las necesidades presupuestarias de una adecuada política de protección de los consumidores a nivel comunitario».
- 3.^a «El Comité pide a la Comisión, al Parlamento y al Consejo:
- que propongan, preparen y adopten, respectivamente, textos legislativos en los que se prevean derechos y obligaciones con claridad a fin de facilitar la interpretación armonizada de dichos textos y fomentar la aplicabilidad directa de la legislación comunitaria».
- 4.^a «El Comité pide al Parlamento Europeo:
- que tome en consideración, en sus trabajos sobre el presupuesto de la Comunidad, las necesidades presupuestarias del Servicio de Política de los Consumidores, así como los otros medios puestos a disposición de la Comunidad para respaldar una política eficaz de información y protección de los intereses de los consumidores».
- 5.^a «El Comité pide a la Comisión:
- que emprenda inmediatamente los trabajos e investigaciones necesarios para identificar las necesidades de protección de los consumidores en el ámbito de los servicios públicos, así como las acciones que deben llevarse a cabo a escala comunitaria para darles una respuesta adecuada. Se trata en particular de iniciar una reflexión con detenimiento sobre la posibilidad de representación sistemática de los usuarios en el seno de los organismos de control y supervisión de las empresas del sector público;
 - que prevea, en sus propuestas presupuestarias, los medios necesarios para el funcionamiento eficaz del Servicio de Política de los Consumidores, la participación de los consumidores en el proceso de normalización y la ayuda a las organizaciones de consumidores del Sur (España...) y de Irlanda;
 - que consulte sistemáticamente al Consejo Consultivo de Consumidores (CCC) sobre aquellos asuntos directa o indirectamente relacionados con los consumidores y que proceda a esta consulta durante la fase inicial de preparación de una propuesta;
 - que transmita el dictamen del CCC para información al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social;
 - que proporcione al CCC los medios necesarios para que asuma sus responsabilidades eficazmente y a su debido tiempo;
 - que organice, para lograr una mejor integración de las diferentes

- políticas, reuniones conjuntas entre el CCC y el Comité de Comercio y de la Distribución (CCD) y con otras instancias representativas de la industria y los servicios;
- que presente los resultados de sus trabajos sobre la integración de la política de los consumidores en las demás políticas comunes;
 - que todas las propuestas vayan acompañadas de fichas de incidencia en los consumidores;
 - que prosiga sus trabajos para la creación de sistemas de aplicación armonizados y coordinados de los textos comunitarios;
 - que intensifique sus iniciativas a proteger más eficazmente a los consumidores en caso de litigios transfronterizos y a fomentar la adhesión y la ratificación de los convenios de Bruselas y de Roma por los Estados miembros que todavía no lo han hecho;
 - que examine las posibilidades de introducir, a escala comunitaria, el poder de representación de las organizaciones de consumidores en los litigios relacionados con el consumo;
 - que explote los resultados obtenidos a través de experiencias piloto de acceso a la justicia financiadas por la Comunidad;— que emprenda los trabajos necesarios al objeto de proteger a los consumidores en el ámbito de las garantías y de los servicios postventa en el marco de la apertura de las fronteras europeas y de la internacionalización de los contratos de consumo;
 - que dé comienzo a los trabajos para ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la responsabilidad de hecho de los productos defectuosos y examinar la posibilidad de crear un fondo europeo de indemnización a las víctimas de productos defectuosos».

6.^a «El Comité pide a los Estados miembros:

- que siguiendo su política nacional de protección y promoción de los intereses de los consumidores, apliquen normas de protección de los consumidores y usuarios a los productos y servicios ofrecidos por el sector público de manera idéntica a los del sector privado;
- que designen, en la medida de lo posible, una o varias personas cuyas actividades profesionales estén orientadas hacia la protección y promoción de los intereses de los consumidores para formar parte del Comité Económico y Social cuando proceda su próxima renovación;
- que traspongan la legislación e iniciativas comunitarias en los plazos fijados y de conformidad con los principios y disposiciones que contienen, y en particular con la Resolución de 1986 relativa a la educación del consumidor en la enseñanza primaria y secundaria» (12).

(12) *Op. cit.*, págs. 16-17

El Tratado de Maastricht, no obstante, recogiendo la misma sugerencia del CES, supone un definitivo impulso para la protección de los consumidores, y en materia inmobiliaria urbana, como luego veremos, su posible incidencia vendrá marcada por el *deber de información*, trasposición *sensu contrario* del derecho de información de los consumidores, que ha dado lugar en España al Real Decreto 515/1989 por la regulación de las *condiciones generales de contratación*, supuesto de exclusión de cláusulas abusivas (Comunicación Comisión/Consejo de 14-2-1984 y Directiva 93/13/CEE) y por la *calidad de los productos incorporados a la construcción* en la línea de la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985 (13), sin olvidar la posible imposición de *condiciones generales de habitabilidad de las viviendas y del volumen edificable* (superficie, espacios libres, espacios comunes, servicios, dotaciones mínimas...), como se establecen en la Directiva 87/102/CEE en materia de *crédito de consumo*, no aplicable, sin embargo, conforme a su artículo 2.º1.a), a «los contratos de crédito o de promesa de crédito», «destinados fundamentalmente a la adquisición o conservación de derechos de *propiedad* sobre terrenos o inmuebles construidos o en proyecto» o «destinados a la renovación o mejora de los inmuebles» (14). Y, en general, la tendencia a la armonización de legislaciones tomando como punto de referencia la máxima protección ofrecida por el correspondiente Estado miembro (15).

El Dictamen del CES, de 25-1-1993 (DO, núm. C 19) sobre «El consumidor y el mercado interior» vuelve a ocuparse de la misma problemática que el anterior reseñado, siendo su carácter adicional. Ahora el CES se congratula del artículo 129A del Tratado de Maastricht y del sistema de codeci-

(13) Dice el artículo 2.º de la Directiva «A los efectos de la presente Directiva, se entiende por “producto” cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un inmueble. Se entiende por “materias primas agrícolas” los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido transformación inicial. Por “producto” se entiende también la electricidad».

(14) LÓPEZ GARRIDO, *op. cit.*, t. II, págs. 849-850.

El artículo 2.º3 añade: «Las disposiciones del artículo 4.º y de los artículos 6.º a 12, no se aplicarán a los contratos de crédito o de promesa de crédito con *garantía de hipoteca inmobiliaria*, siempre y cuando éstos no hayan quedado ya excluidos de la Directiva en virtud de la letra a) del apartado 1». Y el número 4 del mismo artículo señala: «Los Estados miembros podrán exceptuar de las disposiciones de los artículos 6.º a 12 a los contratos de crédito en forma de documento auténtico autorizado por *Notario o Juez*».

(15) Dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE al respecto «que si la protección de los consumidores es razón bastante como para justificar la adopción de determinadas medidas nacionales *limitativas* de la libertad del comercio intercomunitario, la acción de la CEE dirigida a armonizar las legislaciones en este aspecto debe tener como punto de partida el nivel alcanzado por los ordenamientos nacionales que adoptaron tales medidas (*op. cit.*, pág. 46).

sión establecido entre el Consejo y el Parlamento Europeo, *previa consulta* al Comité, y señala como objetivos de la nueva política comunitaria, por lo que se refiere al ámbito inmobiliario, la información al consumidor; la incardinación de los intereses de éste en la política de competencia y su integración en las demás políticas comunitarias (política agraria, de medio ambiente, servicios financieros, turismo, servicios públicos, telecomunicaciones...); la protección jurídica del consumidor, «y muy especialmente el acceso a la justicia para que el consumidor pueda hacer valer los derechos que le son reconocidos; y el diálogo permanente, que sea «respuesta lógica al reconocimiento del consumidor como operador del mercado».

Respecto de las disposiciones vigentes, observa una serie de factores de inadecuación para su plena eficacia. En la regulación de los “productos”, la marca CE, se echa de menos la sumisión del «proceso de certificación a controles de seguridad y calidad llevados a cabo por los organismos oficiales o autorizados». En otro caso, a pesar de la marca unitaria, la disparidad legislativa de los Estados miembros provocará la diversidad de las condiciones y calidad de los productos.

En materia de «normas comunitarias relativas a la responsabilidad de los productos o servicios, el Comité subraya que la cláusula de revisión de la Directiva 85/374/CEE vencerá en 1995 y que conviene proceder a una evaluación detallada de la influencia de la Directiva sobre la indemnización de las víctimas, especialmente respecto a las opciones dejadas a los Estados miembros. Frente a la Propuesta de Directiva sobre la responsabilidad del prestador de servicios, el Comité recuerda que es favorable a una iniciativa tendente a proteger mejor a las víctimas de servicios defectuosos y que rechaza el planteamiento seguido por la Comisión» (Dictamen de 3-7-91, DO, núm. C 269/91). Sobre la exclusión del “sector de la construcción” del ámbito de esa Propuesta, entiende que sólo puede obedecer a los trabajos preparatorios de una Directiva específica paralela.

Sobre publicidad, publicidad engañosa y comparativa, habida cuenta que «toda publicidad consiste en promover directa o indirectamente la venta de un producto o servicio», debe reconocerse «de forma clara el derecho de las asociaciones de consumidores a actuar y, *a fortiori*, (a que se les) permita actuar en un Estado miembro distinto de aquel donde tiene su sede» y solucionar el problema del resarcimiento del consumidor que firme un contrato movido por la publicidad engañosa, que la Propuesta de Directiva sobre publicidad comparativa no aborda.

En materia de *contratos*, y particularmente de contratos negociados a distancia (transfronterizos), se advierte que la práctica de no atender los dictámenes del CES por negociaciones intergubernamentales ulteriores que no vuelven a someterse a éste y que suelen recortar los presupuestos de las normas informadas. Se defiende la necesidad de realizar un planteamiento

global sobre todo el Derecho contractual que permita responder más eficazmente a las necesidades de protección de los consumidores en un mercado único (normas de formación del contrato, derecho de la prueba, ejecución del contrato, derecho de la prescripción, etc.). Particularmente, deben regularse las garantías por vicios ocultos y la gestión y funcionamiento de los fondos de garantía. En España estos fondos no son otros que los contenidos en la Ley de 27-7-1968 sobre garantías que deben prestar los promotores de viviendas que reciban cantidades a cuenta. Ley revigorizada por el Real Decreto 515/89, según estudiamos en otro capítulo del presente estudio.

A pesar de la Directiva sobre "crédito al consumo" y la segunda Directiva bancaria, se propone la intervención en el campo del *crédito hipotecario*, ya que «en este caso la protección del consumidor resulta tanto más importante cuanto que el crédito hipotecario representa una parte considerable del presupuesto de las unidades familiares».

Asimismo se postula la flexibilización de las acciones judiciales y extrajudiciales mediante el establecimiento de procedimientos abreviados, simplificados y rápidos y poco costosos que hagan posible las reclamaciones en los supuestos en que su importe sea muy reducido.

Finalmente, por lo que se refiere al estudio sobre «La protección de los consumidores y el mercado interior», elaborado por BALATE, DEJEMPEPE y GOYENS e incorporado a la publicación del CES que estamos analizando, hemos optado por incluir algunos puntos de carácter general en otros apartados (principio de subsidiariedad y efecto directo) y abrir paso a la inclusión textual de los temas relativos a la protección inmobiliaria del consumidor en el Anexo II de este trabajo para que el lector pueda sacar sus propias consecuencias.

Ahora bien, ello no es todo. La Comisión de las Comunidades Europeas aprobó el 23-7-1993 (16) el Segundo Plan de Acción Trienal (1993-1995), que se denomina «Poner el mercado único al servicio de los consumidores».

El Segundo Plan Trienal «pretende concertar las iniciativas de la Comisión durante el período 1993-1995 en una serie de ámbitos que determinarán la confianza del consumidor en el mercado interior, como son la información al consumidor, su acceso a la justicia y la salud y la seguridad de los consumidores. Sin embargo, los progresos en la aplicación de una política comunitaria del consumo no se limitan a las actuaciones llevadas a cabo exclusivamente en el marco de la protección de los consumidores. Estos

(16) Es el documento COM(93) 378 final, con el que cuento, en la fecha en que corregía las pruebas de este libro, gracias a MERCEDES DE SOLÁ, jefe de la Unidad número 2 del Servicio de Política de los Consumidores, colaboración imponderable si se tiene en cuenta que hace posible su inclusión en el Anexo I, ya que si el medio de la seguridad preventiva es la información cautelar, el difundir el texto del Plan Trienal tiene especial importancia.

avances exigen igualmente que se tengan en cuenta los intereses de los consumidores en la elaboración de las demás políticas y decisiones comunitarias que afecten a los consumidores. Por ese motivo la Comisión seguirá haciendo un esfuerzo de integración de la política de los consumidores en las demás políticas comunes. Este objetivo es parte integrante del Segundo Plan de acción sobre la política de los consumidores».

De este Segundo Plan podemos destacar, en primer lugar y en orden al mismo concepto de consumidor, la afirmación introductoria de que la «interdependencia existente entre la política de los consumidores y las demás políticas comunitarias pone de manifiesto la complejidad de la noción misma de consumidor. Los consumidores son *personas físicas o jurídicas*, con un poder adquisitivo más o menos elevado, que se proveen o hacen uso de *bienes y servicios* para un *uso no profesional*. La adecuada articulación de la protección de los intereses del consumidor con las demás políticas de regulación y acompañamiento del mercado interior se muestra, pues, como un requisito básico en el ámbito comunitario». De esta forma, el concepto de consumidor se acuerda a la noción de posición o situación jurídica frente al prestador de servicios o administrador de bienes, con independencia de que se trate de personas físicas, asociaciones, sociedades o cooperativas, civiles, laborales o mercantiles.

En segundo lugar, el reconocimiento de la insuficiencia de la *información* actualmente suministrada. Son necesarias acciones nuevas. El nuevo Plan «está articulado en torno a dos ejes principales:

- la consolidación del acervo comunitario;
- una serie de prioridades selectivas para aumentar el nivel de protección de los consumidores y lograr que conozcan mejor sus derechos».

En cuanto a la consolidación del acervo comunitario, se destacan las propuestas de la Comisión pendientes de aprobación por el Consejo. A saber:

- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.
- Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios (en fase de estudio como consecuencia de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo).
- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de los Estados miembros en materia de publicidad comparativa y por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa (en fase de estudio como consecuencia de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo).

- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido.

La aprobación de esta serie de propuestas, eventualmente revisadas a la luz de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, constituye una primera prioridad. Con estas Directivas se completará la base actual del derecho comunitario del consumidor».

Entre los logros del Primer Plan figuran los “centros transfronterizos de información y de asesoramiento de los consumidores”. En España existen dos de los diez aprobados: Barcelona y Vitoria, éste en fase de instalación. No obstante, se observa que al analizar lo actuado debe tenerse en cuenta no ya la legislación nacional y comunitaria aprobada, sino la efectividad práctica de las medidas.

Dentro de las “acciones novedosas”, la «Comisión propondrá nuevas actuaciones legislativas o el recurso a instrumentos de apremio, teniendo presente el principio de subsidiariedad, en los ámbitos en los que se revele necesaria una actuación concreta de naturaleza comunitaria». Así, en materia de seguridad de los productos, la rápida actuación de la Comisión se postula para revisar las reglas existentes o la aprobación de medidas adicionales.

En el campo de la información, «la Comisión pretende poner en práctica a partir de 1993 una nueva iniciativa cuyos objetivos son la publicación de un *guía* para orientar al consumidor europeo en el gran mercado y dar un impulso a la realización, en cooperación con las asociaciones de consumidores interesadas, de *guías* sectoriales o nacionales vinculadas a la realización del mercado interior. La guía tratará de ser especialmente útil al consumidor europeo en relación con el mercado único. La necesidad de este tipo de guía se ve claramente reflejada en las publicaciones ya realizadas por numerosas instituciones y asociaciones a nivel local y regional. Esta guía deberá contar con la mayor difusión posible en la Comunidad, principalmente a través de las organizaciones intermediarias, incluidos la red de asociaciones y centros de información al consumidor».

El acceso directo a la justicia, por último, será objeto de estudio, según las experiencias nacionales, partiendo de la base de la «creación de mecanismos extrajudiciales», del acceso a través de las asociaciones de consumidores y de la asistencia jurídica del consumidor. Se persigue evitar las dificultades observadas para las reclamaciones de pequeña cuantía económica.

Política de los consumidores.

Segundo Plan de Acción Trienal (1993-1995)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONSOLIDACION DEL ACERVO LEGISLATIVO COMUNITARIO EN FAVOR DE LOS CONSUMIDORES: A) BALANCE DEL PRIMER PLAN DE ACCIÓN. B) LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONSUMO. C) NUEVAS ACCIONES.—III. PRIORIDADES SELECTIVAS PARA AUMENTAR EL NIVEL DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES: A) REFORZAR LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR. B) AUMENTAR Y AMPLIAR LA CONCERTACIÓN. C) FAVORECER EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. D) ADAPTAR LOS SERVICIOS FINANCIEROS A LAS NECESIDADES DE LOS CONSUMIDORES. E) PREPARACIÓN DE NUEVAS ETAPAS.—IV. CONCLUSION

I. INTRODUCCION

1. La supresión de las fronteras internas y la realización del gran mercado desde el 1 de enero de 1993, conforme a los objetivos del Acta Unica Europea, ha abierto una nueva fase en la acción comunitaria. Este logro es resultado del ambicioso programa legislativo puesto en marcha por la Comisión con objeto de eliminar una importante cantidad de obstáculos técnicos, jurídicos y fiscales que dificultaban los intercambios entre los Estados miembros.

2. Para el ciudadano consumidor comunitario existen numerosas medidas ya aprobadas en el marco de la realización del mercado interior que constituyen una serie de ventajas, tanto directas como indirectas. La liberalización de las compras transfronterizas y el consiguiente aumento de la competencia, las reducciones de impuestos que se han producido en determinados Estados miembros como resultado de la aproximación de las fiscalidades indirectas, la supresión de los controles aduaneros de los equipajes de los viajeros que se desplazan por territorio comunitario y la

desaparición de las formalidades para las mudanzas entre dos Estados miembros o para determinados paquetes postales representan progresos sustanciales para el consumidor europeo.

3. El consumidor también se ha beneficiado de los avances comunitarios en las áreas de transporte y medio ambiente. Concretamente, en el sector del transporte aéreo el «tercer paquete» aprobado por el Consejo en julio de 1992 ha supuesto la liberalización de un mercado hasta entonces cerrado, obligando a las compañías a mostrarse más eficaces y, en último término, a reducir sus tarifas al tiempo que mantienen o mejoran el servicio que prestan a los pasajeros. El Reglamento de 1989 por el que se establece un código de conducta para el uso de los sistemas informatizados de reserva ha supuesto una contribución incontestable a la protección de los intereses del consumidor. Igualmente, los consumidores disfrutarán de ahora en adelante de una serie de derechos nuevos, incluido el derecho a una compensación pecuniaria, gracias al Reglamento de 1991 relativo a la denegación de embarque en un servicio aéreo regular. Por último, la apertura de los mercados nacionales del transporte por carretera y del transporte marítimo a los no residentes presentará ante el consumidor una oferta de servicios más amplia y a mejor precio.

4. Existe asimismo un estrecho vínculo entre la política de los consumidores y la del medio ambiente. El vínculo se establece en ambas direcciones. La realización de los objetivos relativos a la protección del medio ambiente requiere una adaptación del comportamiento de los consumidores con el fin de hacer un uso racional de los recursos y combatir sus despilfarros. El V Programa de Acción Comunitaria orientado «hacia un desarrollo sostenible» prevé la integración de este aspecto en las políticas sectoriales e insiste en la necesidad de adoptar unas modalidades de producción y de consumo duraderas basadas en la cooperación y el reparto de responsabilidades entre los Estados, los agentes económicos y la ciudadanía (1). Por otra parte, las medidas medioambientales suponían un beneficio innegable para los consumidores, en la medida en que producen una mejora de la calidad de vida y aumentan la seguridad de las instalaciones industriales.

En consecuencia, las consideraciones medioambientales también deben formar parte de la política de los consumidores. Asimismo, las políticas de medio ambiente deben estar orientadas hacia los consumidores y los productores.

5. Existen otras políticas comunitarias que también contribuyen a la mejora de la situación del consumidor en el gran mercado. Tal es el caso de la política de la competencia desarrollada por la Comisión de forma

(1) Documento COM(92) 23 final, vol. II, apartados 3.2, 3.3, 4.1, 7.4 y 7.5.

activa en materia de control de acuerdos, de posiciones dominantes, de operaciones de concentración y de ayudas públicas. La libre competencia constituye, en efecto, el principio regulador que en una economía de mercado abierta permite una asignación óptima de los factores de producción en beneficio de los consumidores. Estos son, en definitiva, los únicos receptores de los bienes y los servicios que proporcionan las empresas y las Corporaciones públicas.

6. La acción que lleva a cabo la Comisión en materia social y de cohesión también beneficia al consumidor. Por su parte, la política de los consumidores, por su importante contribución al éxito del funcionamiento del mercado interior y por el hincapié que hace en asegurar la mayor oferta posible de bienes y servicios, incrementa el potencial económico y mejora las perspectivas de empleo que se le presentan a la Comunidad. Un mayor interés por lo que los consumidores esperan y están dispuestos a aceptar en materia de bienes y servicios permitirá mejorar la competitividad de los productores comunitarios, lo que mejorará su posición en los mercados exteriores.

7. La interdependencia existente entre la política de los consumidores y las demás políticas comunitarias pone de manifiesto la complejidad de la noción misma del consumidor. Los consumidores son personas físicas o jurídicas, con un poder adquisitivo más o menos elevado, que se proveen o hacen uso de bienes y servicios para un uso no profesional. La adecuada articulación de la protección de los intereses del consumidor con las demás políticas de regulación y acompañamiento del mercado interior se muestra, pues, como un requisito básico en el ámbito comunitario.

8. En resumen, es esencial que la realización y la profundización del Gran Mercado europeo se traduzcan en una serie de ventajas concretas en la vida cotidiana de los consumidores. Esta es una condición insoslayable para que el mercado interior obtenga su confianza y constituya un éxito. El primer objetivo del Segundo Plan de Acción Trienal en favor de los Consumidores, que es posterior al primer plan de acción aplicado entre 1990 y 1992 y se desarrollará en el período 1993-1995, es poner realmente el Mercado Interior al servicio de los consumidores europeos. Su objetivo también es evaluar las demás políticas comunitarias desde el punto de vista de los intereses de los consumidores.

9. No hay que olvidar, sin embargo, que en numerosas áreas específicas, como la justicia, cuando se trata de «litigios menores» en materia de consumo los pagos transfronterizos, las garantías y el etiquetado, la Europa de los consumidores aún está por hacer. A pesar de los progresos realizados por iniciativa de la Comisión y de la asociaciones de consumidores, la

información que éstos reciben sigue siendo insuficiente. Para dar una protección adecuada a la salud, la seguridad y los intereses económicos del consumidor también serán necesarias una serie de acciones nuevas.

10. El Segundo Plan de Acción Trienal de la Comisión se enmarca en la perspectiva de la aplicación del Tratado de Maastrich sobre la Unión Europea. El nuevo Tratado eleva la protección de los consumidores al rango de auténtica política comunitaria. En la letra *a*) de su artículo 3 se establece como objetivo de la actuación de la comunidad «una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores». En el artículo 129A se especifica que «la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

- a*) medidas que adopte en virtud del artículo 100A en el marco de la realización del mercado interior;
- b*) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y de garantizarles una información adecuada».

El Tratado de Maastricht, que atribuye a la Comunidad competencias más amplias y mejor definidas en la materia, abre un nuevo campo de acción comunitaria. La Comisión pretende poner en práctica todas las posibilidades que encierran las nuevas disposiciones, para lo cual abrirá, una vez hayan finalizado los procedimientos de ratificación, un proceso de reflexión en este sentido. El principio de subsidiariedad estará presente en el ejercicio interpretado de forma positiva, es decir, con el objeto de garantizar que la actuación comunitaria alcance unos resultados óptimos.

11. El Segundo Plan de Acción Trienal está articulado en torno a dos ejes principales:

- la consolidación del acervo legislativo comunitario,
- una serie de prioridades selectivas para aumentar el nivel de protección de los consumidores y lograr que conozcan mejor sus derechos.

II. LA CONSOLIDACION DEL ACERVO LEGISLATIVO COMUNITARIO EN FAVOR DE LOS CONSUMIDORES

12. La actuación comunitaria en el ámbito de la protección de los consumidores se ha desarrollado a través de una serie de programas y planes sucesivos. El primer programa se inició en 1975 y el segundo en 1981. El programa de 1981 permitió dar un nuevo impulso. Posteriormente se pro-

cedió a aplicar el primer plan de acción durante el período 1990-1992. Se ha hecho un esfuerzo para incluir en estos programas y en el plan de acción un amplio abanico de iniciativas en todos los ámbitos que afectan a los consumidores. Este período ha dado como resultado la creación de una importante base legislativa que constituye un auténtico derecho comunitario del consumo. Para poner el mercado único al servicio de los consumidores y preparar la aplicación del Tratado de Maastricht la Comunidad aún debe consolidar el acervo legislativo, asegurando principalmente la aplicación de los textos en vigor, garantizando la aprobación por el Consejo de los textos que propone la Comisión y que todavía no han sido objeto de un acuerdo en el Consejo y preparando nuevas medidas.

A) EL BALANCE DEL PRIMER PLAN DE ACCIÓN

13. La aprobación del primer plan de acción en favor de los consumidores y la creación en la Comisión de un Servicio de Política de los Consumidores han contribuido a tomar conciencia de la importancia que tiene la dimensión del consumo a escala comunitaria y en el marco de la preparación del Mercado Interior. El Consejo ha aprobado la mayoría de las propuestas de la Comisión por unanimidad. Incluso en los casos en que ésta no era necesaria y a pesar de unas negociaciones a veces difíciles. Se ha visto la posibilidad de superar una cierta tendencia al enfrentamiento entre los intereses de los consumidores y los de los proveedores o prestatarios. En la mayoría de los casos, el diálogo y la consulta han hecho posible llegar a soluciones equilibradas, incluso para los problemas más difíciles. El apoyo del Parlamento Europeo ha sido constante. El Parlamento Europeo, que ha tenido en consideración los intereses de los consumidores en sus deliberaciones y ha garantizado la asignación de los recursos necesarios, ha contribuido de forma activa al desarrollo de la política comunitaria del consumo.

14. De este modo, el período 1990-1992 se ha visto jalonado por la aprobación de los siguientes textos:

- Directiva 92/59/CEE del Consejo de 29-6-1992 relativa a la seguridad nacional de los productos (2).
- Varias Directivas relativas a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado y de presentación de las propiedades nutritivas destinadas al consumidor final, entre las que cabe mencionar las Directivas 90/496/CEE de 24-9-90, 91/72/CEE de 16-1-91, 91/238/CEE de 22-4-91 y 92/11/CEE de 22-4-92.

(2) *DO*, núm L 228, de 11-8-92. pág. 24

- Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13-6-1990 (3) relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.
- Directiva 90/88/CEE del Consejo de 22-2-90 que modifica la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (4).

Asimismo, a partir del comienzo de 1993 el Consejo ha aprobado las siguientes propuestas:

- Sexta modificación de la Directiva sobre cosméticos 76/768/CEE.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5-4-93 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (5).

Por lo demás, la Comisión ha presentado una serie de propuestas que aún no han sido aprobadas por el Consejo.

- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (6).
- Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios (7). (En fase de estudio como consecuencia de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo.)
- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad comparativa y para la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa (8). (En fase de estudio como consecuencia de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo.)
- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido (9).

La aprobación de esta serie de propuestas, eventualmente revisadas a la luz de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, constituye una primera prioridad. Con estas Direirectivas se completará la base actual de derecho comunitario del consumo.

(3) *DO*, núm. L 158, de 23-6-90, pág. 59.

(4) *DO*, núm. L 61, de 10-3-90, pág. 14.

(5) *DO*, núm. L 95, de 21-4-93, pág. 29.

(6) *DO*, núm. C 156, de 23-6-92, pág. 14.

(7) *DO*, núm. C 12, de 18-1-91, pág. 8.

(8) *DO*, núm. C 180, de 11-7-91, pág. 14.

(9) *DO*, núm. C 222, de 29-8-92, pág. 5.

El primer plan de acción también ha incluido una serie de anotaciones de información y de educación que constituyen el complemento indispensable de las medidas legislativas y reglamentarias. El objetivo que se persigue en este ámbito no es sólo fomentar entre los consumidores el pleno aprovechamiento de las nuevas posibilidades que les ofrece la construcción del Mercado Interior, sino también permitir la contribución activa de los consumidores al mantenimiento de la competencia en los mercados.

Durante el período cubierto por el primer plan trienal (1990-1992) el esfuerzo en pro de la información de los consumidores se ha visto materializado principalmente en actividades llevadas a cabo conjuntamente con las organizaciones de consumidores y con los medios de comunicación.

Entre las actividades realizadas, cabe mencionar:

- los centros transfronterizos de información y de asesoramiento de los consumidores;
- realización de pruebas comparativas, con la publicación de una primera guía de compra que toma en consideración el mercado único;
- fomento entre los productores de programas de televisión del tratamiento de cuestiones de interés para los consumidores, teniendo presente la dimensión comunitaria;
- preparación de material informativo para difusión en los medios de comunicación;
- difusión de información básica a las organizaciones intermediarias (por ejemplo, listas de organizaciones de consumidores, boletín *INFO-C*).

Por lo que respecta al acceso a la justicia, la Comisión ha promovido la creación de proyectos pilotos y, muy en especial, la realización a escala nacional de experiencias relativas a procedimientos simplificados para la solución de litigios relacionados con el consumo.

B) LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO DEL CONSUMO

15. El progreso de la protección de los consumidores no se puede medir sólo por el número de textos aprobados o en vigor. Es asimismo esencial que los consumidores perciban las medidas tomadas a escala comunitaria como una nueva protección eficaz. Por consiguiente, hay que velar porque los derechos que las medidas comunitarias otorgan a los consumidores les sean efectivamente reconocidos a nivel nacional y puedan ejercerlos plenamente. Esto implica la realización de un seguimiento cuidadoso de la aplicación del derecho comunitario y de su incorporación al derecho nacional.

16. Antes del 1 de enero de 1993 los Estados miembros debían haber incorporado a su derecho nacional 42 Directivas relativas a la política de los consumidores. El índice medio de incorporación es del 94 por 100. Con todo, hay que señalar que este índice medio encubre todavía importantes disparidades y recoge el estado de comunicación de las medidas nacionales de ejecución, sin hacer referencia a la situación que presenta la aplicación efectiva de dichas medidas. En este sentido, la Comisión hace hincapié en lo elevado del número de quejas que recibe al respecto. Por ejemplo, la Comisión expresa su satisfacción ante el hecho de que en materia de publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE) todos los Estados miembros cuentan por fin con un instrumento legal. Sin embargo, esta satisfacción se ve empañada por las quejas remitidas a la Comisión, en las que se ponen de manifiesto las dificultades de aplicación de estas disposiciones en el caso de las prácticas transfronterizas. La Comisión está efectuando un análisis diligente de los obstáculos que subsisten, con el fin de proponer las soluciones más adecuadas.

La especial importancia que para los consumidores tienen las Directivas recientemente aprobadas, cuya entrada en vigor se producirá durante los dos años próximos, pone de manifiesto el carácter esencial de la cooperación estrecha con las autoridades nacionales para garantizar su incorporación efectiva en los plazos exigidos.

17. Un estudio por sectores revela que la situación sigue siendo insatisfactoria en materia de productos cosméticos, viajes combinados y créditos al consumo (ámbitos cubiertos respectivamente por las Directivas 76/788/CEE, modificada; 90/314/CEE y 87/102/CEE, modificada). Estos tres ejemplos son muestra de que pueden subsistir problemas aun después de la fecha límite establecida para la incorporación al Derecho nacional. Sin embargo, estas tres áreas son especialmente sensibles para los consumidores.

18. En consecuencia, la Comisión debe seguir prestando una especial atención al proceso de aplicación de las reglas del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros. Para ello habrá que utilizar, por supuesto, los medios tradicionales previstos en el Tratado, pero también se hará necesario procurar una mejora de la concertación y alcanzar una auténtica cooperación con las autoridades nacionales en relación con estas cuestiones jurídicas.

En el documento de trabajo de la Comisión titulado «Reforzar la eficacia del Mercado Interior. Para un programa estratégico sobre el Mercado Interior» (10), de reciente aparición, se recogen pormenorizadamente las intenciones de la Comisión a este respecto.

(10) Documento COM(93) 256, de 2 de junio de 1993.

19. Esta concertación debería ser especialmente fructífera en la búsqueda de una aplicación óptima de las reglas establecidas, ya se trate de prácticas administrativas (como en el caso de la seguridad de los juguetes) o de la jurisprudencia (en el caso de la publicidad engañosa), ya que aún se aprecian diferencias notables entre los Estados miembros. En este sentido, la Comisión se comprometerá a facilitar la difusión de las experiencias nacionales y establecerá objetivos concretos que se habrán de alcanzar en este ámbito cuando dicha necesidad aparezca.

C) ACCIÓN NOVEDOSA

20. La Comisión propondrá nuevas actuaciones legislativas o el recurso a instrumentos de apremio, teniendo presente el principio de subsidiariedad, en los ámbitos en los que se revela necesaria una actuación concreta de naturaleza comunitaria.

Así, por ejemplo, en el área de seguridad de los consumidores la Comisión ha presentado ante el Consejo a comienzos de 1993 una propuesta de decisión por la que se crea un sistema informativo sobre los accidentes domésticos y de tiempo libre (EHLASS) (11).

Por otra parte, la Comisión prestará especial atención a la aplicación, a partir del 29 de junio de 1994, de la Directiva 92/59/CEE del Consejo de 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos (12). En este sentido, la Comisión se cerciorará de que se establezca una cooperación administrativa real y eficaz entre las autoridades de control y formulará si es necesario las correspondientes propuestas a este respecto. La Directiva sobre la seguridad general de los productos constituirá una respuesta adecuada para las necesidades de los consumidores en materia de seguridad de los productos siempre que en su aplicación se tenga muy presente el objetivo que se quiere lograr.

21. Son conocidas las preocupaciones y expectativas de los consumidores en relación con la seguridad de los servicios que adquieren. La Comisión también concentrará sus esfuerzos en el área de la salud y la seguridad. En este sentido, la Comisión estudiará la creación de un marco jurídico general en el que se establezcan disposiciones mínimas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios. El propósito global es volver a estudiar junto con los Estados miembros los riesgos existentes, al tiempo que se determinan de forma precisa los medios disponibles para

(11) Documento COM(93) 18 final, de 26 de enero de 1993.

(12) DO, núm. L 228, de 11-8-92, pág. 24

reducirlos y las medidas que habrán de tomarse para garantizar una protección adecuada.

22. A pesar de la existencia de un marco comunitario formado por una legislación horizontal y vertical en materia de seguridad de los productos, se hará necesario mantener una vigilancia constante para enfrentarse a posibles nuevas dificultades que puedan presentarse en la protección de la salud y de la seguridad de los consumidores. Cualquier situación nueva que exija una revisión de las reglas existentes o la aprobación de medidas adicionales provocará una rápida reacción por parte de la Comisión. Se seguirá realizando la adaptación de las Directivas específicas al progreso técnico, con el fin de garantizar la incorporación de todas las mejoras que sean necesarias, así como el ajuste de las normas técnicas a las necesidades que vayan surgiendo. Así se hará, por ejemplo, en el caso de la adaptación al progreso técnico de la Directiva 76/768/CEE.

23. En el ámbito de la seguridad de los artículos de puericultura se ha producido recientemente una petición de intervención comunitaria procedente de las organizaciones de consumidores que ha contado con la aprobación de las industrias del sector. La Comisión estudiará la viabilidad de efectuar una actuación en la materia a la luz del principio de subsidiariedad.

Asimismo, la Comisión presentará antes de que finalice 1993 una propuesta de Directiva que se ocupará de las declaraciones presentes en el etiquetado de productos alimenticios.

III. PRIORIDADES SELECTIVAS PARA AUMENTAR EL NIVEL DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

Entre las prioridades del Segundo Plan de Acción, cabe mencionar la información al consumidor y el refuerzo de la concertación. Asimismo, hay dos ámbitos de actuación a los que se debe prestar especial atención: el acceso a la justicia y los servicios financieros.

A) AUMENTAR LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

24. En el informe titulado «Le marché intérieur après 1992. Répondre au défi», que presentó ante la Comisión el Grupo sobre el funcionamiento del mercado interior presidido por el señor SUTHERLAND el 26 de octubre de 1992, figura una serie de recomendaciones que tienen por finalidad principal dar respuesta a las dudas de los consumidores. El informe insiste en la aplicación de una estrategia informativa que también contempla los proble-

mas de acceso a la justicia. La Comisión tendrá muy en cuenta estas recomendaciones para su actuación futura en materia de protección del consumidor. La Comisión también ha aprobado el 5 de mayo de 1993 una comunicación titulada «Pour une meilleure coordination et un renforcement de la politique d'Information et de la Communication sur le Marché Unique», cuyo objetivo es lograr una mayor eficacia en la difusión de la información relativa al Mercado Interior. Esta actuación se basa en los principios de mayor coordinación de los distintos instrumentos y servicios de la Comisión, así como de selección de la información en función de las grandes categorías de ciudadanos. En este contexto, el documento hace referencia a los consumidores en su calidad de grupo destinatario de las actuaciones que se habrán de llevar a cabo.

25. La información es esencial para hacer posible que el consumidor disfrute de las ventajas del mercado único. En general, la libertad de elección no puede ejercerse si se desconocen las condiciones del mercado o si no se produce la difusión de los datos existentes. La falta de información sitúa al consumidor en una situación de inferioridad ante los proveedores y entorpece el desarrollo de la competencia. La atención que otorgan las asociaciones de consumidores a la información es buena muestra de esta importancia y coincide con las inquietudes de la Comisión.

26. En el futuro se va a proceder a continuar y fortalecer las acciones ya emprendidas en los puntos de venta en materia de información sobre las características técnicas de los productos. En cumplimiento de la Resolución del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1993 relativa a las medidas futuras en materia de etiquetado de los productos en interés de los consumidores, la Comisión va a emprender una serie de acciones que tienen por objeto la aplicación de dicha resolución y el establecimiento de un buen etiquetado informativo. El método que se seguirá consiste en aproximar a los representantes de los proveedores y de los consumidores. El programa tratará de alcanzar un acuerdo sobre las necesidades de etiquetado por categorías de productos y garantizar la más amplia utilización posible de las soluciones acordadas por parte de todos los participantes en el mercado. Igualmente, se debe incrementar la información que recibe el consumidor, con el fin de que éste pueda escoger los productos con buen conocimiento de los efectos que tienen para el medio ambiente. En este ámbito, el Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente COM(92) 23 final, vol. II, pág. 72 [*N. del T.*, pág. 73 en la versión española] subraya que: «El individuo, en su calidad de consumidor, solamente podrá elegir de forma racional y con pleno conocimiento de causa si la información disponible sobre el producto cubre todos los aspectos pertinen-

tes, tales como las prestaciones, la fiabilidad, el rendimiento energético, la durabilidad, los costes de mantenimiento, etc., y si esta información se expresa de forma neutra, avalada por garantías eficaces y fiables». El Reglamento número 880/92 del Consejo de 23-3-1992 relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica contribuirá en este sentido.

27. Por otra parte, las encuestas sobre los precios patrocinados por la Comisión constituyen una fuente de información insustituible. Los *tests* comparativos también han demostrado su interés debido al éxito que tienen entre los consumidores. Las acciones llevadas a cabo para lograr una cobertura de los problemas del consumo por parte de los medios de comunicación, especialmente a nivel comunitario, también han producido resultados positivos. Igualmente, habrá que seguir desarrollando la información sobre los progresos en el ámbito del consumo a escala comunitaria que distribuye directamente la Comisión a las organizaciones intermediarias (organizaciones de consumidores, institutos de consumo, centros de información, medios de comunicación, etc.), con el fin de consolidar los lazos establecidos con dichas organizaciones. También habrá que desarrollar el apoyo que la Comisión da a las organizaciones de consumidores en sus acciones de formación de adultos y de jóvenes consumidores, principalmente en lo relativo a la creación de material didáctico.

28. Asimismo, la Comisión pretende poner en práctica a partir de 1993 una nueva iniciativa cuyos objetivos son la publicación de una guía para orientar al consumidor europeo en el gran mercado y dar un impulso a la realización, en cooperación con las asociaciones de consumidores interesadas, de guías sectoriales o nacionales vinculadas a la realización del Mercado Interior. La guía tratará de ser especialmente útil al consumidor europeo en relación con el mercado único. La necesidad de este tipo de guía se ve claramente reflejada en las publicaciones ya realizadas por numerosas instituciones y asociaciones a nivel local y regional. Esta guía deberá contar con la mayor difusión posible en la Comunidad, principalmente a través de las organizaciones intermediarias, incluidos la red de asociaciones y los centros de información al consumidor.

29. Los centros transfronterizos de información a los consumidores constituyen una experiencia que ya ha demostrado su gran interés. Instalados en las regiones fronterizas, estos centros tienen por misión distribuir información relativa a las ofertas, los precios, la legislación vigente y cualquier otro tipo de información práctica de la región, es decir, a ambos lados de la frontera. El funcionamiento de estos centros es competencia de organizaciones de los sectores público y privado competentes en materia de consumo,

con la ayuda de la Comisión. Se fomentará una estrecha colaboración con otras organizaciones. La Comisión está dando el impulso necesario para la creación de centros y financia, en esta fase, la mitad de sus costes de funcionamiento, a los que se impone un límite máximo. La primera fase incluye la creación de diez centros, de los cuales seis ya han sido inaugurados en Lille, Luxemburgo, Barcelona, Gronau, Aquisgrán/Eupen/Heerlen y Vale do Ave. En 1993 está prevista la apertura de cuatro centros más en Marsella-Turín, Fiensburg, Kehl y Vitoria. Lógicamente, estos diez centros no cubren todas las necesidades de las regiones fronterizas. Por consiguiente, la Comisión pretende ampliar la existencia mediante la creación de nuevos centros, en cuya implantación se dará prioridad a las zonas fronterizas.

Las actividades de estos centros se verán potenciadas gracias a una nueva política más coherente que la Comisión quiere aplicar próximamente en relación con todas las redes existentes en la Comunidad como resultado de la aprobación por parte de la Comisión el pasado 30 de junio de su nueva estrategia sobre información y comunicación. Esta política se sustentará en la definición de una serie de derechos y obligaciones de las distintas redes y organizaciones intermediarias que reciben el apoyo de la Comisión. El objetivo perseguido es potenciar la actuación conjunta de los distintos participantes en el ámbito de la información de índole comunitaria.

La Comisión redactará en 1993 un informe de evaluación basado en la experiencia adquirida en los centros transfronterizos de información.

30. Estas iniciativas han de completarse mediante actuaciones en los medios de comunicación que permitan sensibilizar a los consumidores en relación con los nuevos derechos que les otorga el gran mercado. Estas actividades se enmarcarán en la aplicación de las recomendaciones del informe Sutherland y de la estrategia de información y comunicación ya mencionada para la mejora de la información que reciben los ciudadanos de la Comunidad. En concreto, habrá que evaluar, llegado el caso de forma conjunta con las Oficinas de Representación situadas en los Estados miembros, en qué medida se podría hacer uso de soportes audiovisuales para la realización de estas actuaciones.

B) AUMENTAR Y AMPLIAR LA CONCERTACIÓN

31. Desde 1989 el Consejo Consultivo de los Consumidores constituye la instancia que permite a las organizaciones de consumidores emitir dictámenes sobre los problemas relativos a la información y la protección de los consumidores, ya sea por previa petición de la Comisión o por iniciativa propia. Los numerosos dictámenes formulados han dado muestra de la gran

utilidad de este órgano. La Comisión tiene la intención de mantener esta estructura y esforzarse por aumentar su eficacia.

32. Sin embargo, la organización actual del Consejo limita su actuación a una función puramente consultiva. Las experiencias de varios Estados miembros demuestran que el interés de este tipo de instituciones aumenta cuando constituyen auténticas instancias de concertación en el sentido más amplio posible.

33. El refuerzo de la concertación podría suponer ante todo una mayor adaptación de la representación a las distintas corrientes de consumo. Por otra parte, la concertación debería ampliarse al sector productivo según modalidades que aún están por determinar. Es indudable la importancia que tiene implicar directamente a las empresas y a sus representantes a escala comunitaria en la formulación de las orientaciones en materia de protección de los consumidores. Una medida de este tipo debería hacer posible evitar o limitar las divergencias de los puntos de vista e incluso los enfrentamientos que pueden producirse en los procesos de decisión y que, a veces, retrasan la entrada en vigor de las iniciativas comunitarias.

34. A partir de la primavera de 1993, el Comisario encargado de la política de los consumidores ha iniciado, principalmente con los representantes de las asociaciones de consumidores, una serie de consultas sobre los principios de reforma del Consejo Consultivo de los Consumidores sobre lo que sería posible obtener el consenso de los interlocutores interesados. Su objetivo es conseguir un proyecto de reforma a finales de 1993.

35. En los Estados miembros las organizaciones nacionales constituyen los interlocutores que permiten la concertación con los consumidores. Por este motivo, la ampliación de la concertación también ha de buscarse a través del apoyo a las organizaciones nacionales de consumidores. Esta actuación deberá producirse en primer lugar en los países en los que las organizaciones están menos estructuradas debido a que su desarrollo es reciente. En consecuencia, la Comisión seguirá ayudando activamente a las organizaciones de los países del Sur y de Irlanda, a las que ya se ha dedicado una especial atención.

C) FAVORECER EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

36. El Informe Sutherland destaca la importancia que tiene el acceso a la justicia para lograr un funcionamiento del Mercado Interior que responda

a las expectativas de los consumidores y de los productores. El Informe señala que las diferencias de tipo jurídico entre los Estados miembros hacen difícilmente previsibles la armonización de los procedimientos civiles nacionales, si bien los operadores sentirán una necesidad cada vez mayor de recurrir a la justicia en los demás Estados miembros. En el Informe se señala un aumento de los conflictos de índole transfronteriza en los que se ven involucrados consumidores. El documento recomienda que se realice un estudio de las condiciones de acceso a la justicia en la Comunidad y sugiere soluciones para mantener la eficacia de la protección de los derechos de los consumidores mediante la creación de mecanismos de mediación extrajudiciales y el acceso a la justicia en beneficio de las asociaciones de consumidores.

37. La Comisión explorará las vías propuestas y para ello elaborará en 1993 un libro verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia. El libro verde también hará referencia a las posibles modalidades de asistencia jurídica a los consumidores comunitarios, para lo que se tendrá en cuenta la experiencia adquirida a través de los distintos proyectos piloto iniciados y mantenidos por la Comisión en distintos Estados miembros.

38. Por otra parte, los actos de consumo pueden causar conflictos en los que el recurso a la justicia no es fácilmente aplicable, especialmente en los casos en los que las cantidades de dinero en juego son pequeñas. En estos casos, la falta de adecuación del recurso judicial deja al consumidor desarmado ante una serie de comportamientos que, no obstante, le son perjudiciales. En los casos en los que se trate de conflictos transfronterizos, estas dificultades pueden dañar la confianza del consumidor en el Mercado Interior.

39. En consecuencia, hay que alcanzar fórmulas más simples de solución de conflictos. Ya se han llevado a cabo experiencias en este sentido y en el futuro se pondrán en marcha nuevas iniciativas con la participación de organizaciones nacionales, especialmente dirigidas a la solución de los conflictos transfronterizos.

D) ADAPTAR LOS SERVICIOS FINANCIEROS A LAS NECESIDADES DE LOS CONSUMIDORES

40. La Comunidad ya ha aprobado una serie de medidas importantes que permiten a las instituciones financieras desempeñar una actividad comercial para evitar trabas en el mercado interior, con las correspondientes disposiciones de control necesarias. Los consumidores también se beneficia-

rán en gran medida de la situación, especialmente en los sectores de la Banca, los seguros y los valores. Se han puesto en marcha varias iniciativas en materia de medios de pago, con recomendaciones relativas a los pagos transfronterizos y al uso de tarjetas bancarias. Sin embargo, estos textos no siempre han producido los resultados esperados.

41. La eficacia de los medios de pago transfronterizos constituye una prioridad para el buen funcionamiento del Mercado Interior, ya que constituyen una condición previa para obtener la confianza del consumidor. El área de las responsabilidades que se derivan de la utilización de tarjetas bancarias es asimismo esencial. Otros aspectos como la transparencia de la oferta en el mercado de los créditos hipotecarios o los sistemas de banco a domicilio deben ser objeto de igual atención.

42. Los instrumentos legislativos vinculantes pueden constituir un medio para progresar en estos sectores. Sin embargo, habrá que explotar primero todas las posibilidades de concertación entre las partes afectadas, aunque sea incluso al margen de las instancias de diálogo ya existentes.

43. En el caso de los pagos transfronterizos ya se han realizado algunos progresos en colaboración con el sector de la Banca. Con todo, la Comisión está realizando en la actualidad un nuevo análisis de la situación con el fin de establecer una clara evaluación de todos los problemas restantes. La Comisión reafirma su compromiso de intervenir si los problemas lo requieren, incluso mediante la propuesta de las medidas legislativas que se revelaran necesarias. En otros ámbitos, la Comisión fomentará el diálogo entre los consumidores y las organizaciones concernidas con el fin de determinar las mejoras concretas que podrán llevarse a cabo. La eficacia de los resultados de esta concertación dependerá de su formalización en compromisos firmes por parte del sector bancario en la medida en que sea posible llegar a obtenerlos. Si fuera imposible alcanzar antes de finales de 1993 compromisos concretos, recogidos en una serie de cartas, que fueran operativos a mediados de 1994 a más tardar, o si tales compromisos no fueran satisfactorios, no quedaría otra alternativa que recurrir a la adopción de medidas vinculantes.

E) PREPARACIÓN DE NUEVAS ETAPAS

44. El presente plan de acción se extiende por un período de tres años, motivo por el cual no pretende establecer un inventario exhaustivo de las

acciones necesarias, deseables o posibles para la protección de los consumidores. Desde una actitud realista hay que limitar sus ambiciones a un número determinado de objetivos prioritarios. Con todo, también es necesario preparar el futuro, especialmente mediante la formalización de los resultados de los estudios relativos a determinados ámbitos de la protección de los consumidores y el fomento de debates previos a la toma de decisiones.

45. En este sentido, la Comisión pretende elaborar en 1993 un libro verde sobre las garantías y condiciones del servicio postventa. Este ámbito parece particularmente importante para fomentar en el consumidor el aprovechamiento de las posibilidades que le ofrece el mercado único. Las compras transfronterizas sólo se desarrollarán en la medida en que se le garantice al consumidor que va a disfrutar de las mismas condiciones de garantía y de servicio postventa, independientemente de dónde se halle situado el proveedor del bien en cuestión. Una faceta vinculada a la anterior que habrá que estudiar es la relativa al problema que plantea el relevo de responsabilidad que los proveedores exigen a veces de los consumidores en la venta de determinados bienes o servicios.

IV. CONCLUSION

46. El Segundo Plan de Acción para la política de los consumidores pretende concentrar las iniciativas de la Comisión durante el período 1993-1995 en una serie de ámbitos que determinarán la confianza del consumidor en el Mercado Interior, como son la información al consumidor, su acceso a la justicia y la salud y la seguridad de los consumidores. Sin embargo, los progresos en la aplicación de una política comunitaria del consumo no se limitan a las actuaciones llevadas a cabo exclusivamente en el marco de la protección de los consumidores. Estos avances exigen igualmente que se tengan en cuenta los intereses de los consumidores en la elaboración de las demás políticas y decisiones comunitarias que afecten a los consumidores. Por este motivo la Comisión seguirá haciendo un esfuerzo de integración de la política de los consumidores en las demás políticas comunes. Este objetivo es parte integrante del Segundo Plan de Acción sobre la política de los consumidores.

PRESENTACION SINOPTICA DE LAS ACCIONES PROGRAMADAS EN EL SEGUNDO PLAN DE ACCION

1. CONSOLIDACIÓN DE ACERVO LEGISLATIVO

— Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia. (Adopción 1993).

— Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad comparativa y por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa. (En fase de estudio como consecuencia de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo.) (Decisión 1993.)

— Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido. (Adopción 1993.)

— Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios. (En fase de estudio como consecuencia de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo.) (Decisión 1993.)

— Aplicación correcta y optimizada de las Directivas vigentes: establecimiento, en complemento de los procedimientos clásicos, de una concertación y de estructuras de cooperación con los Estados miembros. Intercambios de información sobre prácticas nacionales (1993, 1994, 1995).

— Propuesta de decisión por la que se crea un sistema informativo sobre los accidentes domésticos y del tiempo libre. (Adopción 1993.)

— Aplicación de la Directiva 92/59/CEE relativa a la seguridad general de los productos (1994).

— Adaptación al progreso técnico de las Directivas existentes (1993, 1994, 1995).

2. PRIORIDADES SELECTIVAS PARA AUMENTAR EL NIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

— Mejora del etiquetado (1994, 1995).

— Propuesta de Directiva relativa al uso de declaraciones relativas a los productos alimenticios (1993).

— Apoyo a las encuestas sobre los precios y a los *tests* comparativos (1993, 1994, 1995).

— Mejora de la información relativa a los problemas del consumo, potenciando el uso de medios audiovisuales (1994, 1995).

- Apoyo a las acciones de formación de adultos y consumidores jóvenes (1994, 1995).
- Guía del consumidor europeo en el mercado único y guías nacionales o sectoriales (1993, 1994).
- Reforma del Consejo Consultivo de los Consumidores; creación de un foro del consumo (1994).
- Apoyo a las organizaciones nacionales de consumidores, especialmente a las de los países del Sur y de Irlanda (1993, 1994, 1995).
- Libro Verde sobre el acceso a la justicia por parte de los consumidores (1993).
- Experiencias de solución simplificada de conflictos (1993, 1994, 1995).
- Mejoras, con base contractual, de las relaciones contractuales en materia de servicios financieros, concretamente en las áreas de pagos fronterizos, responsabilidades derivadas del uso de tarjetas bancarias, transparencia en materia de créditos hipotecarios y operaciones bancarias realizadas a domicilio. En su defecto, elaboración de propuestas de instrumentos vinculantes (1993, 1994).
- Libro Verde sobre garantías y servicios postventa (1993).
- Informe de evaluación de la experiencia adquirida en los centros transfronterizos de información (1995).

FICHA FINANCIERA

SECCION 1.^a

1. NOMBRE DE LA ACCIÓN

Política de los consumidores. 2.º Plan trienal de acción 1993-1995.

2. LÍNEAS PRESUPUESTARIAS

SPC capítulo B 510, A (créditos administrativos).
DG X B 3300 A 3059.

3. BASE JURÍDICA

Acción autónoma de la Comisión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 100A del Tratado y en el artículo 129A del Tratado de Maastricht.

4. DESCRIPCIÓN

Una serie de medidas que comprenden desde acciones legislativas hasta acciones de información a fin de realizar el objetivo del plan de acción, es decir: poner el mercado único al servicio de los consumidores europeos. Los objetivos específicos son: 1) velar por la aplicación efectiva del Derecho comunitario; 2) reforzar la información del consumidor; 3) incrementar y ampliar la concertación; 4) favorecer el acceso a la justicia y a la resolución de litigios, y 5) adaptar los servicios financieros a las necesidades de los consumidores.

4.1. *Duración*

El plan de acción cubre los años 1993, 1994 y 1995.

4.2. *Grupo destinatario*

Todos los ciudadanos de la comunidad.

5. CLASIFICACIÓN DE LOS GASTOS

Gastos no obligatorios sobre la base de créditos disociados.

6. TIPO DE GASTOS

Los gastos consistirán en la concesión de subvenciones a organizaciones de consumidores, la celebración de contratos y la concesión de subvenciones a toda una serie de prestatarios de servicios.

7. IMPLICACIONES FINANCIERAS

El plan de acción se llevará a cabo con arreglo a los parámetros establecidos en los presupuestos anuales de la Comunidad. El presupuesto para la política de los consumidores en 1993 (capítulo B 510) se eleva a 16 millones de ecus; el APB para 1994 (capítulo B 510) es de 15 millones de ecus, y en el programa de previsiones para 1995 se prevén 16 millones de ecus. Según las previsiones, no será necesario disponer de recursos suple-

mentarios especiales. El programa de trabajo de la DG X deberá tener en cuenta los esfuerzos específicos previstos en materia de información de los consumidores.

8. DISPOSICIONES ANTIFRAUDE

Los servicios del Tribunal de Cuentas y de la Comisión podrán realizar un control de todos los gastos.

Solamente se autorizarán los pagos tras la recepción de los justificantes financieros apropiados.

SECCION 2.^a

1. GASTOS ADMINISTRATIVOS

El plan de acción se basa en la hipótesis de que los recursos existentes en materia de personal serán suficientes para poder llevarlo a cabo.

SECCION 3.^a

1. ANÁLISIS COSTE-EFICACIA

De conformidad con las conclusiones del Informe Sutherland, el plan de acción tiene como objetivo aumentar la participación de los consumidores en el mercado único haciendo frente a los obstáculos que siguen existiendo en la actualidad y eliminándolos.

Existe una base de medidas cuantitativas relativas a los hábitos y las aptitudes que muestra la posición adoptada en la actualidad. Cuando finalice el plan de acción se realizarán a principios de 1996 diversas encuestas «Eurobarómetro» a fin de evaluar el progreso logrado en este ámbito, lo que se utilizará para redactar un informe de evaluación de los resultados obtenidos para su transmisión al Consejo y al Parlamento.

2. SUBSIDIARIEDAD

La Comisión no tiene únicamente la responsabilidad de procurar que los ciudadanos sean plenamente conscientes de la realización del mercado interior en su vida cotidiana, sino que es también la única institución que

puede garantizar que se tenga adecuadamente en cuenta la dimensión comunitaria.

A) TEXTOS LEGISLATIVOS DE PARTICULAR IMPORTANCIA PARA LOS CONSUMIDORES

I. SEGURIDAD Y CALIDAD DE LOS PRODUCTOS

1. SEGURIDAD GENERAL DE LOS PRODUCTOS

Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos.

(*Diario Oficial*, núm. L 228, de 11 de agosto de 1992, págs. 24-32.)

2. SIR (SISTEMA DE INTERCAMBIO RÁPIDO)

Decisión 84/113/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1984, por la que se crea un sistema comunitario de intercambio rápido de información sobre los peligros derivados de la utilización de productos de consumo: SIR, CONSOM ALERT.

(*Diario Oficial*, núm. L 70, de 13 de marzo de 1984, págs. 16-17.)

3. EHLASS (EUROPEAN HOME AND LEISURE ACCIDENT SURVEILLANCE SYSTEM)

Decisión 86/138/CEE del Consejo, de 22 de abril de 1986, relativa a un proyecto de demostración con vistas a la creación de un sistema comunitario de información sobre los accidentes en los que estén implicados productos de consumo: EHLASS.

(*Diario Oficial*, núm. L 109, de 26 de abril de 1986, págs. 23-27.)

4. COSMÉTICA

a) *Productos cosméticos*

Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos.

(*Diario Oficial*, núm. L 262, de 27 de septiembre de 1976, págs. 169-200.)

b) *Métodos de análisis*

Directiva 80/1335/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos.

(*Diario Oficial*, núm. L 383, de 31 de diciembre de 1990, págs. 27-46.)

5. PRODUCTOS TEXTILES

a) *Denominaciones textiles*

Directiva 71/307/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre las denominaciones textiles.

(*Diario Oficial*, núm. L 185, de 16 de agosto de 1971, págs. 16-26.)

b) *Métodos de análisis*

Directiva 72/276/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre determinados métodos de análisis cuantitativo de mezclas binarias de fibras textiles.

(*Diario Oficial*, núm. L 173, de 31 de julio de 1972, págs. 1-27.)

Directiva 73/44/CEE del Consejo, de 26 de febrero de 1973, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de análisis cuantitativo de mezclas ternarias de fibras textiles.

(*Diario Oficial*, núm. L 83, de 30 de marzo de 1973, págs. 1-19.)

6. JUGUETES

Directiva 88/378/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la seguridad de los juguetes.

(*Diario Oficial*, núm. L 187, de 16 de julio de 1988, págs. 1-13.)

7. IMITACIONES PELIGROSAS

Directiva 87/357/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1987, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los

productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores («imitaciones peligrosas»).

(*Diario Oficial*, núm. L 192, de 11 de julio de 1987, págs. 49-50.)

II. PROTECCION DE LOS INTERESES ECONOMICOS

1. PRECIOS

a) *Precios de los artículos alimenticios*

Directiva 79/581/CEE del Consejo, de 19 de junio de 1979, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios.

(*Diario Oficial*, núm. L 158, de 26 de junio de 1973, págs. 19-21.)

B) *Precios de los productos alimenticios*

Directiva 88/314/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1988, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios.

(*Diario Oficial*, núm. L 142, de 9 de junio de 1988, págs. 19-22.)

2. VENTA AMBULANTE

Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales («venta ambulante»).

(*Diario Oficial*, núm. L 372, de 31 de diciembre de 1985, págs. 31-33.)

3. PUBLICIDAD

Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

(*Diario Oficial*, núm. L 250, de 19 de septiembre de 1984, págs. 17-20.)

4. CRÉDITO

Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.

(Diario Oficial, núm. L 42, de 12 de febrero de 1987, págs. 48-53.)

5. TURISMO

Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

(Diario Oficial, núm. L 158, de 23 de junio de 1990, págs. 59-64.)

6. CONTRATOS

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

(Diario Oficial, núm. L 95, de 21 de abril de 1993, págs. 29-34.)

B) OTROS TEXTOS COMUNITARIOS DE INTERES PARA EL CONSUMIDOR (Fuera de la responsabilidad del SPC)

1. SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS

Reglamento número 339/93 del Consejo, de 8 de febrero de 1993, relativo a los controles de conformidad de productos importados de terceros países respecto a las normas aplicables en materia de seguridad de productos.

(Diario Oficial, núm. L 40, de 17 de febrero de 1993, págs. 1-4.)

Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

(Diario Oficial, núm. L 210, de 7 de agosto de 1985, pág. 29.)

1.1. ARTÍCULOS ALIMENTICIOS

a) *Información y etiquetado*

Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1979, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia

de etiquetado y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final.

(*Diario Oficial*, núm. L 33, de 8 de febrero de 1979, págs. 1-4.)

Directiva 90/496/CEE del Consejo, de 24 de septiembre de 1990, relativa al etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios.

(*Diario Oficial*, núm. L 276, de 6 de octubre de 1990, págs. 40-44.)

Reglamento número 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios.

(*Diario Oficial*, núm. L 208, de 24 de julio de 1992, págs. 1-8.)

b) *Contaminantes alimenticios*

Directiva 93/11/CEE de la Comisión, de 15 de marzo de 1993, relativa a la cesión de N-nitrosaminas y de sustancias N-nitrosables por tetinas y chupetes de elastómeros o caucho.

(*Diario Oficial*, núm. L 93, de 17 de abril de 1993, pág. 37.)

c) *Alimentaciones especiales*

Directiva 89/398/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1989, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos alimenticios destinados a una alimentación especial.

(*Diario Oficial*, núm. L 186, de 30 de junio de 1989.)

d) *Control de calidad*

Reglamento número 2251/92 de la Comisión, de 29 de julio de 1992, relativo a los controles de calidad de las frutas y hortalizas frescas.

(*Diario Oficial*, núm. L 219, de 4 de agosto de 1992, pág. 9.)

e) *Conservación*

Directiva 89/107/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los alimentos congelados destinados al consumo humano.

(*Diario Oficial*, núm. L 40, de 11 de febrero de 1989, pág. 27.)

1.2. PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, QUÍMICOS Y MÉDICOS

a) *Medicamentos*

Directiva 92/26/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la clasificación para su dispensación de los medicamentos de uso humano.
(*Diario Oficial*, núm. L 113, de 30 de abril de 1992, pág. 5.)

Directiva 92/27/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa al etiquetado y al prospecto de los medicamentos de uso humano.
(*Diario Oficial*, núm. L 113, de 30 de abril de 1992, pág. 8.)

Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano.
(*Diario Oficial*, núm. L 113, de 30 de abril de 1992, pág. 13.)

b) *Preparados peligrosos*

Directiva 91/442/CEE de la Comisión, de 23 de julio de 1991, relativa a los preparados peligrosos cuyos envases deben ir provistos de un cierre de seguridad.
(*Diario Oficial*, núm. L 238, de 27 de agosto de 1991, pág. 25.)

c) *Productos sanitarios*

Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios.
(*Diario Oficial*, núm. L 169, de 12 de julio de 1993, pág. 1.)

1.3. ETIQUETADO

a) *Etiquetado de aparatos domésticos*

Directiva 79/530/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1979, relativa a la información, mediante el etiquetado, sobre el consumo de energía de los aparatos domésticos.
(*Diario Oficial*, núm. L 145, de 13 de junio de 1979, pág. 1.)

Directiva 79/531/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1979, por la que se aplica a los hornos eléctricos la Directiva 79/530/CEE relativa a la

información, mediante el etiquetado, sobre el consumo de energía de los aparatos eléctricos.

(*Diario Oficial*, núm. L 145, de 13 de junio de 1979, pág. 7.)

Directiva 92/75/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1992, relativa a la indicación del consumo de energía y de otros recursos de los aparatos domésticos por medio del etiquetado y de una información uniforme sobre los productos.

(*Diario Oficial*, núm. L 297, de 13 de octubre de 1992, pág. 16.)

b) *Etiquetado de los productos del tabaco*

Directiva 92/41/CEE del Consejo, de 15 de mayo de 1992, por la que se modifica la Directiva 89/622/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco.

(*Diario Oficial*, núm. L 158, de 11 de junio de 1992, pág. 30.)

2. SERVICIOS Y TRANSACCIONES

2.1. CRÉDITO

Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE.

(*Diario Oficial*, núm. L 386, de 30 de diciembre de 1989, pág. 1.)

2.2. SEGUROS

Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida).

(*Diario Oficial*, núm. L 228, de 11 de agosto de 1992, pág. 1.)

Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas

relativas al seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida).

(*Diario Oficial*, núm. L 360, de 9 de diciembre de 1992, pág. 1.)

2.3. PRECIOS

Directiva 90/377/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, estableciendo un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores finales de gas y electricidad.

(*Diario Oficial*, núm. L 185, de 17 de julio de 1990, pág. 16.)

2.4. COMUNICACIONES-TRANSPORTES

Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa al ejercicio de actividades de difusión televisiva.

(*Diario Oficial*, núm. L 298, de 17 de octubre de 1989, págs. 23-30.)

Reglamento número 2299/89 del Consejo, de 24 de julio de 1989, por el que se establece un código de conducta para el uso de sistemas informatizados de reserva.

(*Diario Oficial*, núm. L 220, de 29 de julio de 1989, pág. 1.)

Reglamento número 2342/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, sobre las tarifas de los servicios aéreos regulares.

(*Diario Oficial*, núm. L 217, de 11 de agosto de 1990.)

Reglamento número 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular.

(*Diario Oficial*, núm. L 36, de 8 de febrero de 1991, pág. 5.)

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. GENERALIDADES

Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(*Diario Oficial*, núm. L 175, de 5 de julio de 1985, pág. 70.)

Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente.

(*Diario Oficial*, núm. L 158, de 23 de junio de 1990, págs. 56-58.)

Reglamento número 880/92 del Consejo, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica.

(*Diario Oficial*, núm. L 99, de 11 de abril de 1992, págs. 1-7.)

3.2. AIRE

Directiva 85/210/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1985, relativa al contenido en plomo de la gasolina.

(*Diario Oficial*, núm. L 96, de 3 de abril de 1985, pág. 25.)

Reglamento número 594/91 del Consejo, de 4 de marzo de 1991, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

(*Diario Oficial*, núm. L 67, de 14 de marzo de 1991, pág. 1.)

3.3. SUSTANCIAS QUÍMICAS, RIEGOS INDUSTRIALES Y BIOTECNOLOGÍA

Directiva 79/831/CEE del Consejo, de 18 de septiembre de 1979, por la que se modifica por sexta vez la Directiva 67/548/CEE relativa a la clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

(*Diario Oficial*, núm. L 259, de 15 de octubre de 1979, pág. 10.)

Directiva 82/501/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1982, relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales.

(*Diario Oficial*, núm. L 230, de 5 de agosto de 1982, pág. 1.)

Directiva 87/217/CEE del Consejo, de 19 de marzo de 1987, sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto.

(*Diario Oficial*, núm. L 85, de 28 de marzo de 1987, pág. 40.)

3.4. AGUA

Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño.

(*Diario Oficial*, núm. L 31, de 5 de febrero de 1976, pág. 1.)

Directiva 80/778/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano.

(*Diario Oficial*, núm. L 229, de 30 de agosto de 1980, pág. 11.)

Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas.

(*Diario Oficial*, núm. L 135, de 30 de mayo de 1991, pág. 40.)

3.5. MOLESTIAS SONORAS

Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas.

(*Diario Oficial*, núm. L 18, de 24 de enero de 1980, pág. 26.)

Directiva 84/538/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984, referente al nivel de potencia acústica admisible de las cortadoras de césped.

(*Diario Oficial*, núm. L 300, de 19 de noviembre de 1984, pág. 171.)

Directiva 86/594/CEE del Consejo, de 1 de diciembre de 1986, relativa al ruido aéreo emitido por los aparatos domésticos.

(*Diario Oficial*, núm. L 344, de 6 de diciembre de 1986, pág. 24.)

Directiva 89/629/CEE del Consejo, de 4 de diciembre de 1989, relativa a la limitación de emisiones sonoras de los aviones a reacción subsónicos civiles.

(*Diario Oficial*, núm. L 363, de 13 de diciembre de 1989, pág. 27.)

3.6. RESIDUOS

Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados.

(*Diario Oficial*, núm. L 194, de 25 de julio de 1975, pág. 23.)

Directiva 85/339/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a los envases para alimentos líquidos.

(*Diario Oficial*, núm. L 176, de 6 de julio de 1985, pág. 18.)

Directiva 91/157/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, relativa a las pilas y a los acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas.

(*Diario Oficial*, núm. L 78, de 26 de marzo de 1991, pág. 38.)

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y normas comunitarias

1. *Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.*— España se ha adherido a este convenio que se firmó en Roma el 18 de junio de 1980 y cuyo texto es el siguiente:

Preámbulo

Las Altas Partes Contratantes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea,

Preocupadas por proseguir, en el ámbito del Derecho internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales,

Deseando establecer unas normas uniformes relativas a la Ley aplicables a las Obligaciones Contractuales,

Han convenido las disposiciones siguientes,

TITULO PRIMERO

Ambito de aplicación

Artículo 1. *Ambito de aplicación*

1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

2. No se aplicarán:

- a) Al estado civil y a la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.

- b) A las obligaciones contractuales relativas a:
 - Los testamentos y sucesiones.
 - Los regímenes matrimoniales.
 - Los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos respecto a los hijos no matrimoniales.
- c) A las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable.
- d) A los convenios de arbitraje y de elección de foro.
- e) A las cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica.
- f) A la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica.
- g) A la constitución de *trusts*, a las relaciones que se creen entre quienes lo constituye, los *trustees* y los beneficiarios.
- h) A la prueba y al proceso, sin perjuicio del artículo 14.

3. Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Para determinar si un riesgo está situado en estos territorios, el Juez aplicará su ley interna.

4. El apartado precedente no se refiere a los contratos de reaseguro.

Artículo 2. *Carácter universal*

La Ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal Ley es la de un Estado no contratante.

TITULO II

Normas uniformes*Artículo 3. Libertad de elección*

1. Los contratos se regiran por la Ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la Ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una Ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación relativa a la determinación de la Ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9.º y no afectará a los derechos de terceros.

3. La elección de las partes de una Ley extranjera, acompañada o no de la de un Tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la Ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo «disposiciones imperativas».

4. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la Ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11.

Artículo 4. Ley aplicable a falta de elección

1. En la medida en que la Ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3.º, el contrato se regirá por la Ley del país con el que se presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la Ley de este otro país.

2. Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país

será aquel en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble.

4. El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos con este país. Para la aplicación del presente apartado se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías.

5. No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.

Artículo 5. *Contratos celebrados por los consumidores*

1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.º, la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la Ley del país en que tenga su residencia habitual:

- Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en este país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
- Si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o
- Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera rea-

lizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la Ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual si concurrieren las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo.

4. El presente artículo no se aplicará:

- A los contratos de transporte.
- A los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor exclusivamente en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el presente artículo se aplicará a los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Artículo 6. *Contrato individual de trabajo*

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la Ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3.º, el contrato de trabajo se regirá:

- a) Por la Ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o
- b) Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la Ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que del conjunto de las circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la Ley de este otro país.

Artículo 7. *Leyes de policía*

1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la Ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la Ley

de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho si y en la medida en que tales disposiciones, según el Derecho de este último país, son aplicables, cualquiera que sea la Ley que rija el contrato. Para decidir si debe dar efecto a estas disposiciones imperativas se tendrá en cuenta su naturaleza y objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la Ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la Ley aplicable al contrato.

Artículo 8. *Consentimiento y validez de fondo*

1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la Ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos.

2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la Ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la Ley prevista en el apartado precedente.

Artículo 9. *Forma*

1. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la Ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la Ley del país en el que se haya celebrado.

2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en países diferentes será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de Ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la Ley de uno de estos países.

3. Cuando se celebre el contrato por medio de un representante, el país en el que se encuentre el representante en el momento de actuar será el que se considere para la aplicación de los apartados 1 y 2.

4. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la Ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Convenio o de la Ley del país en el que se efectúe dicho acto.

5. Las disposiciones de los apartados precedentes no se aplicarán a los contratos que entren en el ámbito de aplicación del artículo 5 celebrados en

las circunstancias descritas en su apartado 2. La forma de estos contratos se regirá por la Ley del país en el que tenga su residencia habitual el consumidor.

6. No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo, todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la Ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que, según esa Ley, sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la Ley que lo rija en cuanto al fondo.

Artículo 10. *Ambito de la Ley del contrato*

1. La Ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3.º a 6.º y del artículo 12 del presente Convenio regirá en particular:

- a) Su interpretación.
- b) El cumplimiento de las obligaciones que genere.
- c) Dentro de los límites de los poderes atribuidos al Tribunal por sus leyes procesales, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas.
- d) Los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo.
- e) Las consecuencias de la nulidad del contrato.

2. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que debe tomar el acreedor en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la Ley del país donde tenga lugar el cumplimiento.

Artículo 11. *Incapacidad*

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

Artículo 12. *Cesión de crédito*

1. Las obligaciones entre el cedente y el cesionario de un crédito se regirán por la Ley que en virtud del presente Convenio se aplique al contrato que les ligue.

2. La Ley que rija el crédito cedido determinará el carácter transferible del mismo, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

Artículo 13. *Subrogación*

1. Cuando en virtud de un contrato una persona, el acreedor, tenga derechos con respecto a otra persona, el deudor, y un tercero tenga la obligación de satisfacer al acreedor o haya satisfecho, de hecho, al acreedor en ejecución de esa obligación, la Ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si éste puede ejercer en su totalidad o en parte los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la Ley que rija sus relaciones.

2. La misma regla se aplicará cuando varias personas estén obligadas por la misma obligación contractual y el acreedor haya sido satisfecho por una de ellas.

Artículo 14. *Prueba*

1. La Ley que rija el contrato en virtud del presente Convenio se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales, establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba.

2. Los actos jurídicos podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido, bien por la Ley del Foro o bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 9.º, conforme a la cual el acto sea válido en cuanto a la forma, siempre que tal medio de prueba pueda ser empleado ante el Tribunal que esté en conocimiento del asunto.

Artículo 15. *Exclusión del reenvío*

Cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la Ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 16. *Orden público*

No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

Artículo 17. *Aplicación en el tiempo*

El Convenio se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado.

Artículo 18. *Interpretación uniforme*

Para la interpretación y la aplicación de las reglas uniformes que preceden se tendrán en cuenta su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme.

Artículo 19. *Sistemas no unificados*

1. Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país para la determinación de la Ley aplicable según el presente Convenio.

2. Un Estado cuyas diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Convenio a los conflictos de leyes que interesen únicamente a esas unidades territoriales.

Artículo 20. *Prioridad del Derecho comunitario*

El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que en materias específicas regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos.

Artículo 21. *Relaciones con otros convenios*

El presente Convenio no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte.

Artículo 22. *Reservas*

1. Cualquier Estado contratante, en el momento de la firma, de la ratificación, de la aceptación de la aprobación, podrá reservarse el derecho de no aplicar:

- a) El apartado 1 del artículo 7.º
- b) La letra e) del apartado 1 del artículo 10.

2. Cualquier Estado contratante podrá hacer igualmente, notificando una ampliación del Convenio de conformidad con el apartado 2 del artículo 27, una o varias de estas reservas con efecto limitado a los territorios o a ciertos territorios mencionados en la ampliación.

3. Cualquier Estado contratante podrá retirar, en cualquier momento, una reserva que hubiera efectuado; el efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes natural siguiente a la notificación de la retirada.

TITULO III

Cláusulas finales

Artículo 23

1. Si un Estado contratante, después de la fecha en vigor del presente Convenio con respecto a él, deseara adoptar una nueva forma de conflicto de leyes para una categoría específica de contratos que entren en el ámbito de aplicación del Convenio, comunicará su intención a los demás Estados signatarios por medio del Secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas.

2. En un plazo de seis meses a partir de la comunicación hecha al Secretario general, cualquier Estado signatario podrá solicitar a éste que organice unas consultas entre Estados signatarios con el fin de llegar a un acuerdo.

3. Si en este plazo ningún Estado signatario hubiese solicitado la consulta o si en los dos años siguientes a la comunicación hecha al Secretario general no se hubiere llegado a ningún acuerdo como consecuencia de las consultas, el Estado contratante podrá modificar su derecho. La medida tomada por este Estado se pondrá en conocimiento de los demás Estados signatarios por mediación del Secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 24

1. Si un Estado contratante, después de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto a él, deseara formar parte de un Convenio unilateral cuyo objeto principal, o uno de los objetos principales, fuera una regulación de Derecho internacional privado en una de las materias regidas por el presente Convenio, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 23. No obstante, el plazo de dos años previsto en el apartado 3 del artículo 23 se reducirá a un año.

2. No se seguirá el procedimiento previsto en el apartado precedente si un Estado contratante o una de las Comunidades Europeas ya fueran parte del Convenio multilateral o si el objeto de éste fuera revisar un Convenio del que fuera ya parte el Estado interesado o si se tratase de un Convenio celebrado en el marco de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

Artículo 25

Cuando un Estado contratante considere que la unificación realizada por el presente Convenio se ve comprometida por la celebración de acuerdos no previstos en el apartado 1 del artículo 24, este Estado podrá solicitar al Secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas que organice una consulta entre los Estados signatarios del presente Convenio.

Artículo 26

Cualquier Estado contratante podrá solicitar la revisión del presente Convenio. En tal caso, el Presidente del Consejo de las Comunidades Europeas convocará una conferencia de revisión.

Artículo 27

1. El presente Convenio se aplicará en el territorio europeo de los Estados contratantes, comprendida Groenlandia, y en la totalidad del territorio de la República Francesa.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

- a) El presente Convenio no se aplicará a las islas Feroe, salvo declaración en contrario del Reino de Dinamarca.

- b) El presente Convenio no se aplicará a los territorios europeos situados fuera del Reino Unido y cuyas relaciones internacionales hubiera asumido éste, salvo declaración en contrario del Reino Unido para tal territorio.
- c) El presente Convenio se aplicará a las Antillas neerlandesas si el reino de los Países Bajos hiciese una declaración en ese sentido.

3. Estas declaraciones podrán efectuarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas.

4. Los procesos de apelación interpuestos en el Reino Unido contra resoluciones de los Tribunales situados en uno de los territorios mencionados en la letra b) del apartado 2 serán considerados como procesos que se desarrollan ante estos Tribunales.

Artículo 28

1. El presente Convenio estará abierto a partir del 19 de junio de 1980 a la firma de los Estados partes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

2. El presente Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación se depositarán ante la Secretaría general del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 29

1. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente al depósito del séptimo instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

2. El Convenio entrará en vigor, para cada Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe con posterioridad, el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

Artículo 30

1. El Convenio tendrá una vigencia de diez años a partir de la fecha de su entrada en vigor conforme al apartado 1 del artículo 29, incluso para los Estados para los que entrase en vigor con posterioridad.

2. El Convenio será renovado tácitamente por períodos de cinco años, salvo denuncia.

3. La denuncia será notificada, al menos, seis meses antes de la expiración del plazo de diez años o de cinco años, según los casos, al Secretario general del Consejo, denuncia a uno de los territorios a los que se hubiera extendido el Convenio en aplicación del apartado 2 del artículo 27.

4. La denuncia sólo tendrá efectos para el Estado que la hubiere notificado. El Convenio permanecerá vigente para los demás Estados contratantes.

Artículo 31

El Secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas notificará a los Estados partes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea:

- a) Las firmas.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.
- c) La fecha de entrada en vigor del presente Convenio.
- d) Las comunicaciones realizadas en aplicación de los artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 30.
- e) Las reservas y retiradas de reservas mencionadas en el artículo 22.

Artículo 32

El Protocolo anexo al presente Convenio forma parte integrante del mismo.

Artículo 33

El presente Convenio, redactado en un ejemplar único en lenguas alemana, danesa, francesa, inglesa, irlandesa, italiana y neerlandesa, dando fe por igual a todos los textos, se depositará en los archivos de la Secretaría General del Consejo de las Comunidades Europeas. El Secretario general remitirá una copia autenticada conforme a cada uno de los Gobiernos de los Estados signatarios.

Hecho en Roma el 19 de junio de 1980.

Protocolo

Las Altas Partes Contratantes han acordado la disposición que sigue, que se incorporará como anexo al Convenio:

No obstante lo dispuesto en el Convenio, Dinamarca podrá conservar la disposición incluida en el artículo 169 de la «Solov» (legislación marítima) relativo a la Ley aplicable a las cuestiones sobre transporte marítimo de mercancías y podrá modificar esta disposición sin atenerse al procedimiento previsto en el artículo 23 del Convenio.

Hecho en Roma el 19 de junio de 1980.

Declaración común

En el momento de proceder a la firma del Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, de la República Federal de Alemania, de la República Francesa, de Irlanda, de la República Italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo, del Reino de los Países Bajos, del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

I. Preocupados por evitar, en toda la medida de lo posible, la dispersión de las normas de conflictos de leyes en una multiplicidad de instrumentos y las divergencias entre tales reglas, desean que las instituciones de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias sobre la base de los Tratados que las han constituido, se esfuercen, cuando proceda, por adoptar normas de conflictos que, en lo posible, estén en armonía con las del Convenio.

II. Declaran su intención de proceder, desde la firma del Convenio y a la espera de quedar vinculadas por el artículo 24 del Convenio, a consultas recíprocas en el caso de que uno de los Estados firmantes deseara formar parte de un Convenio a que debiera aplicarse el procedimiento previsto en el citado artículo.

III. Considerando la contribución del Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales a la unificación de las normas de conflictos en el seno de las Comunidades Europeas, expresan la opinión de que cualquier Estado que se convierta en miembro de las Comunidades Europeas debería adherirse a este Convenio.

Hecho en Roma el 19 de junio de 1980.

2. *Directiva 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.* (Publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 141, de 11 de junio de 1993.)

3. *Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.* (Publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 141, de 11 de junio de 1993.)

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*—Su Texto Refundido se aprueba por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que se publicó en el *BOE* del día 20 de octubre.

2. *Nueva demarcación de los Registros de la Propiedad.*—Por Real Decreto 1814/1993, de 18 de octubre, publicado en el *BOE* del 9 de noviembre se modifica la demarcación y capitalidad de determinados Registros de la Propiedad, creando 42 nuevos Registros.

3. *Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre.*—Dicta medidas urgentes de fomento de la ocupación y el empleo.

4. *Ley de Presupuestos Generales del Estado.*—Tiene fecha de 29 de diciembre. Contiene algunas modificaciones de varios impuestos.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Se han promulgado las siguientes leyes autonómicas:

Andalucía.—Ley de 27 de julio de 1993, reguladora de la demarcación municipal.

— Ley de 19 de octubre de 1993, de creación del Consejo Consultivo.

Aragón.—Ley de 4 de noviembre de 1993, de Comarcalización.

Asturias.—Ley de 29 de octubre de 1993, de pesca marítima en aguas interiores y aprovechamiento de recursos marinos.

Baleares.—Ley de 20 de octubre de 1993, reformando el artículo 2 del Título Preliminar de la Compilación de Derecho Civil.

Cantabria.—Ley de 2 de septiembre de 1993, de modificación de la de Finanzas.

Castilla-La Mancha.—Ley de 15 de julio de 1993, de Caza.

Cataluña.—Ley de 30 de septiembre de 1993, de Carreteras.

— Ley de 30 de septiembre de 1993, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

— Ley de 30 de septiembre de 1993, del Patrimonio Cultural Catalán.

Murcia.—Ley de 16 de julio de 1993, del Consejo Económico y Social.

Navarra.—Ley Foral de 8 de octubre de 1993, modificando la Norma reguladora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La Rioja.—Ley de 22 de septiembre de 1993, de Régimen Local.

Valencia.—Ley de 6 de octubre de 1993, modificando la de Cajas de Ahorro.

II. Información de actividades

1. *Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Sociedades Limitadas*.—

Se han celebrado durante el mes de octubre, en los días 4 al 7 en Madrid y del 25 al 28 en Barcelona, en los salones de actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y su Delegación en Barcelona.

Las ponencias han sido las siguientes:

- «Panorámica general del borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada». JUAN PABLO RUANO BORRELLA, Registrador Mercantil y Director del Centro de Estudios Registrales.
- «Organos sociales». JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, Catedrático de Derecho Mercantil y miembro de la ponencia encargada de la redacción del Anteproyecto de Ley de Sociedades Limitadas.
- «Disolución y liquidación». ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil y miembro de la ponencia encargada de la redacción del Anteproyecto de Ley de Sociedades Limitadas.
- «Sociedad limitada unipersonal». HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil y miembro de la ponencia encargada de la redacción del Anteproyecto de Ley de Sociedades Limitadas.
- «El problema de la infracapitalización y su tratamiento». CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Mercantil.
- «Presente y futuro del Derecho de la competencia en España. La experiencia del Reino Unido». JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA, Catedrático de Derecho Administrativo y vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

- «El arbitraje institucional: una forma extrajudicial de resolver los conflictos entre empresas». JOSÉ SUAY MILIO. Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), en las Jornadas de Madrid.
- «La fiscalidad española en el contexto de la fiscalidad en la Comunidad Europea». JORGE JUAN BUENO PARALS, Inspector de Finanzas del Estado (excedente) y socio Director del Departamento Fiscal y Legal de «Coopers & Lybrand».
- «El sistema español de relaciones laborales». FERNANDO VALDÉS, Catedrático de Derecho Laboral del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid.
- «Lobbies y grupos de presión. La cooperación con las instituciones de la CEE». JOSÉ ISAÍAS RODRÍGUEZ, Director de la Delegación de la CEOE en Bruselas, en las Jornadas de Madrid. CARLOS GASÓLIBA, Secretario general del Patronato Catalán Pro-Europa y eurodiputado en las Jornadas de Barcelona.
- «Propiedad industrial y competencia desleal». JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, Catedrático de Derecho Mercantil.

Además de las ponencias, seguidas con gran interés y completadas por animados coloquios, han tenido lugar mesas redondas en las que intervinieron, además de los ponentes que anteceden, los siguientes señores:

MARIANO ALVAREZ PÉREZ, Registrador Mercantil.

VÍCTOR MANUEL GARRIDO PALMA, Notario, en las Jornadas de Madrid.

TOMÁS GIMÉNEZ DUART, Notario, en las Jornadas de Barcelona.

ANTONIO LUIS BAÑÓN (en Madrid), Abogado del Estado excedente y socio Director del Departamento Fiscal y Legal de «Coopers & Lybrand», y DOMÈNEC COMPANY (en Barcelona), Director del Departamento Fiscal y Legal de «Coopers & Lybrand».

MANUEL CASERO, Registrador Mercantil, en las Jornadas de Madrid.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil, en las Jornadas de Barcelona.

ANTONIO PULIDO (en Madrid) y ANSELMO CONSTANTS (en Barcelona), socios Directores de Auditoría de «Coopers & Lybrand».

2. *Simposio de Derecho Matrimonial Canónico*.—La Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca ha organizado estas conferencias que han tenido lugar en Granada, durante los días 6 a 10 de septiembre, con el programa siguiente:

- «Fe y sacramento en el matrimonio de los bautizados según la jurisprudencia reciente», JOSÉ M.^a DÍAZ MORENO (ICAI-ICADE Universidad Pontificia de Comillas, Madrid).

- «La influencia de la depresión en la constitución del matrimonio», MARÍA TERESA SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Universidad Pontificia de Salamanca).
- «La incompatibilidad de caracteres: su repercusión en el consentimiento matrimonial», MANUEL LÓPEZ ARANDA (Universidad de Granada).
- «El bien de los cónyuges: integrante del *consortium totius vitae*», JUAN J. GARCÍA FAILDE (Decano del Tribunal de la Nunciatura Apostólica, Madrid).
- «El derecho matrimonial de las Iglesias orientales católicas», FEDERICO R. AZNAR GIL (Universidad Pontificia de Salamanca).
- «La exclusión de la indisolubilidad», ESTANISLAO OLIVARES D'ANGELO (Facultad de Teología, Granada).
- «Las causas de nulidad matrimonial en los tribunales eclesiásticos españoles (1987-1991)», MARÍA PAZ QUEVEDO AGUADO (Universidad Pontificia de Salamanca).
- «Los efectos civiles en España de la disolución canónica del matrimonio rato y no consumado», FÉLIX LÓPEZ ZARZUELO (Vicario judicial de Valladolid).
- «L'indirizzo dei Tribunali Apostolici riguardo alcuni punti discussi rilevanti per la disciplina nei Tribunali ecclesiastici», MICHAEL P. HILBERT (Pontificia Università Gregoriana, Roma).
- «El derecho de defensa en las causas de nulidad matrimonial», JUAN L. ACEBAL LUJÁN (Universidad Pontificia de Salamanca).
- «Diálogo sobre algunos problemas planteados en el Derecho matrimonial», dirigido por JOSÉ M.^a SERRANO RUIZ (Auditor del Tribunal Apostólico de la Rota Romana).
- «El matrimonio religioso no canónico en el Ordenamiento civil español», MARÍA ELENA OLMOS ORTEGA (Universidad de Valencia).

3. *Curso de especialistas en Derecho registral inmobiliario.*—Organizados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y su Delegación en Cataluña se están celebrando en Madrid y Barcelona dos cursos que tienen la finalidad de enseñar la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad tanto en sus principios básicos como en sus relaciones con las principales instituciones jurídicas, todo ello con enfoque técnico-práctico y con información doctrinal y jurisprudencial. Estos cursos están dirigidos a Abogados y licenciados en Derecho.

4. *Actividades del Notariado.*—En los primeros días del mes de octubre se ha celebrado en Granada el 5.º Congreso Notarial Español, en el cual se han debatido los siguientes temas:

- I. Normativa sobre propiedad horizontal, urbanizaciones y multipropiedad.
- II. Función notarial y documento: exigencia en torno al mismo de la misión asesora y de control de legalidad.
- III. Deontología profesional.

Por otra parte, la Academia Matritense del Notariado ha iniciado en el Colegio Notarial de Madrid el curso de conferencias. Hasta el momento se han desarrollado las siguientes:

- «Principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho», por don PASCUAL SALA SÁNCHEZ, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
- «La proyección de Savigny en la doctrina jurídica de Ihering y en la Windscheid vistas en su primer centenario», por don ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Notario de Barcelona.
- «Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por don LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Colegio de Abogados de Madrid.

5. *XVII Congreso Europeo de Derecho Rural*.—En Interlaken, Suiza, se ha celebrado del 13 al 16 de octubre pasado este coloquio organizado por el Comité Europeo de Derecho Rural, con asistencia de varios juristas españoles integrados en la Asociación Española de Derecho Agrario.

Los temas estudiados han sido los problemas jurídicos derivados de las nuevas funciones de la agricultura y los particulares de la agricultura de montaña y zonas desfavorecidas.

6. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—Ha celebrado la solemne sesión inaugural del curso académico el día 15 de noviembre. En primer lugar se leyó el resumen del curso pasado por el Académico-Secretario general don LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Director de nuestra Revista.

A continuación el Presidente de la Real Academia, don Antonio Hernández Gil, leyó su discurso sobre el tema «En torno al Derecho y a la Ética».

7. *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro*.—Organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad se han celebrado en Madrid, durante los días 13 a 15 de diciembre, habiéndose desarrollado el siguiente programa:

- «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo». LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Catedrático de Derecho Civil.

- «Los principios generales en la interpretación del Derecho». JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Notario.
- «El derecho de la persona». MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Letrado de la DGRN y Registrador de la Propiedad.
- «La teoría de la persona jurídica». IGNACIO SOLÍS VILLA, Notario.
- «El principio de autonomía privada». LUIS SANCHO MENDIZÁBAL, Secretario del Consejo de Administración del Banco Hipotecario de España.
- «La voluntad y la causa de la teoría del negocio jurídico». ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, Catedrático de Derecho Civil.
- «La ineficacia del negocio jurídico y los negocios anómalos». MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho Civil y Registrador de la Propiedad.

8. *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores.*—Organizado por el Área de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza se ha celebrado durante los días 15 a 18 de noviembre, habiéndose desarrollado el siguiente programa:

Sección 1.ª

LA REFORMA DEL DERECHO DE LA CONTRATACION EN LOS PAISES DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Alemania: A cargo de los profesores H. L. WEYERS (Frankfurt a M.) y N. REICH (Bremen).

Bélgica: A cargo del profesor T. BOURGOIGNIE (Bruselas).

M. VIVANT (Montpellier): «Influencia de la informática en la teoría general del contrato».

Francia: A cargo de los profesores J. GHESTIN (París) y CALAIS-AULOY (Montpellier).

Reino Unido: A cargo del profesor H. BEALE (Warwick).

Italia: A cargo del profesor G. GANDOLFI (Pavia).

Países Bajos: A cargo del profesor E. HONDIUS (Utrecht).

Sección 2.ª

LA REFORMA DEL DERECHO DE LA CONTRATACION EN ESPAÑA

Profesor R. BERCOVITZ: «Introducción general del tema».

Profesor F. VINCENT CHULIÁ: «Unificación del Derecho de obligaciones».

Profesor C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «El principio general de protección consumidores y su trascendencia en el Derecho de obligaciones».

Profesor F. PANTALEÓN: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual».

Profesor R. DE ANGEL YAGUEZ: «Puesto que ocupa el Derecho de daños en el Derecho de obligaciones».

Profesor F. RIVERO HERNÁNDEZ: «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en particular».

Profesor J. L. DE LOS MOZOS: «La propuesta de Código contractual europeo vista desde España».

Profesor L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «¿Una nueva doctrina general del contrato?»

Sección 3.ª

INFORMATICA Y DERECHO DE OBLIGACIONES

Profesor V. SANTOS MARTÍNEZ: «Informática y Derecho contractual».

Profesor F. GALINDO AYUDA: «Utilización de la informática para la documentación bibliográfica en materia de obligaciones y contratos».

9. *XVI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*.—Del 13 al 17 de diciembre han tenido lugar en Madrid las XVI Jornadas de Estudios que organiza la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio de Justicia. En la edición de este año las Jornadas están dedicadas al estudio de «La Constitución española y el Ordenamiento comunitario europeo» (I).

El programa de las Jornadas es el siguiente:

Conferencias:

- «Las relaciones entre los ordenamientos nacional y comunitario». Don LANDELINO LAVILLA ALSINA. Letrado del Consejo de Estado. Consejero permanente de Estado.
- «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y el Ordenamiento comunitario». Don RAMÓN M.ª LLEVADOT ROIG. Abogado del Estado. Director general del Gabinete Jurídico Central de la Generalidad de Cataluña.
- «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución». Profesor doctor don MANUEL ARAGÓN REYES. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

- «Las competencias comunitarias en el Tratado de la Unión Europea». Doña ROSARIO SILVA DE LAPUERTA. Abogada del Estado. Jefa del Servicio Jurídico del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- «La ciudadanía europea y los derechos fundamentales». Profesor doctor don JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS. Catedrático de Derecho Internacional Público. Magistrado del Tribunal Constitucional.
- «La unión económica y monetaria y sus repercusiones en el Derecho financiero español». Profesor don JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA. Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Complutense de Madrid.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 6 de mayo de 1993.*—COOPERATIVAS DE CREDITO —La competencia autonómica sobre cooperativas está limitada por la competencia estatal sobre ordenación del crédito y legislación mercantil.—Pleno.—Ponente: Sr. Díaz Eimil

Antecedentes de hecho: El recurso de inconstitucionalidad es promovido por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito (arts. 2, último inciso; 3.3, párrafo 2.º; 4.2, párrafo 1.º; 5.1, primer inciso; 42; 8.3, 9.1.2, párrafo 1.º, 4 y 9; 10, párrafo 2.º; 12 y disposición final segunda de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito.

El escrito de demanda contiene las siguientes alegaciones:

— La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva en materia de Cooperativas de Crédito, matizada únicamente por respeto a la legislación mercantil, y le compete las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva.

— La especificidad de las Cooperativas de Crédito no las extrae de tal competencia, sino que determina unos límites a las mismas en lo que respecta a la ordenación del crédito y a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

— Los preceptos concretos son impugnados por suponer un recorte a las competencias autonómicas.

Fallo: El Tribunal declaró inconstitucional la disposición final segunda de la Ley 13/1989 en cuanto declara como básicos el artículo 3.3, párrafo segundo; el artículo 8.3, párrafo b), y el artículo 9, párrafo primero, de los números 2 y 4.

En todo lo demás se desestima el recurso.

Fundamentos jurídicos *Primero.*—La Generalidad de Cataluña impugna diversos preceptos de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, partiendo para ello de una serie de consideraciones preliminares que enmarcan —como cuestión principal— la problemática competencial que subyace en dicha impugnación.

Siguiendo esta misma línea argumental, conviene trazar, con carácter previo, el esquema general de distribución de competencias entre el Estado y la

Comunidad Autónoma de Cataluña que en la materia de Cooperativas de Crédito, objeto de la regulación estatal, se deriva de la Constitución y del correspondiente Estatuto de Autonomía.

La Generalidad de Cataluña ha asumido, de una parte, la competencia exclusiva sobre «Cooperativas (...), respetando la legislación mercantil» (art. 9.21), mientras que, por su parte, al Estado corresponde la competencia exclusiva sobre las «bases de la ordenación del crédito» (art. 149.1,11 CE); competencia que tiene su correspondencia en la de la Generalidad de Cataluña para el desarrollo legislativo y la ejecución de dicha materia crediticia (art. 10 1,4 EAC). Y desde la conjunción de una y otra perspectiva —la cooperativista y la crediticia—, no debe pasar desapercibido que el artículo 12.1,6 del mismo EAC añade que «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, la competencia exclusiva de las siguientes materias: Instituciones de crédito corporativo, público y territorial y Cajas de Ahorros».

Confluyen, de este modo, una pluralidad de títulos competenciales cuya delimitación en abstracto presenta dificultades, pues el solapamiento y entrecruzamiento mutuo resulta ser especialmente intenso. Esta constatación, además, alcanza un punto álgido en el supuesto que ahora nos ocupa, referido a unas entidades —las Cooperativas de Crédito— que siendo, en principio, englobables en el género común de las cooperativas, la especialidad dimanante de su actividad crediticia las ha asimilado y terminado por incorporar al género de las entidades o establecimientos de crédito. Así se desprende con facilidad de la evolución normativa habida, que sin necesidad de remontarnos a normas anteriores, arrancando del Decreto 2860/1978, de 3 de noviembre, ha culminado en este aspecto con el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al Ordenamiento jurídico de la CEE y cuyo artículo 1, tras definir por «establecimiento de crédito» «toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que llevan aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos», conceptúa específicamente como «establecimientos de crédito» a las «Cooperativas de Crédito inscritas en el Registro Especial del Banco de España» [art. 1.2,d)]. Posteriormente, la Ley 3/1987, de 2 de abril, de Cooperativas, ha reafirmado la especialidad de estas Cooperativas de Crédito (art. 116 y disposición transitoria sexta), dictándose finalmente la Ley 13/1989, de 26 de mayo, ahora impugnada, que, como se indica en su Exposición de Motivos, lo ha sido al amparo del artículo 149.1,11 de la CE, viniéndose a fijar por el Estado las bases de la ordenación del crédito y Banca por lo que se refieren a las Cooperativas de Crédito dada su condición de entidades de crédito.

Así pues, en lo que atañe a las Cooperativas de Crédito, la competencia exclusiva que en materia de cooperativas —siempre, no obstante, dentro del respeto a la legislación mercantil— la Generalidad de Cataluña trae a colación como uno de los fundamentos centrales de la impugnación debe conjugarse, como reconoce la propia Generalidad, con la competencia, también exclusiva, del Estado para fijar las bases de la ordenación del crédito (art. 149.1,11 CE), ya que, como dijimos tempranamente (STC 1/1982, fundamento jurídico 3.º), esas bases «deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura,

organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios...» (reiterando esta afirmación, entre otras, SSTC 49/1988, fundamento jurídico 2.º, y 135/1992, fundamento jurídico 1.º).

De otro lado, ahora ya desde la perspectiva exclusiva de la ordenación del crédito, las bases estatales en la materia deben posibilitar el ejercicio de las correlativas competencias autonómicas de desarrollo legislativo y ejecución (art. 10 1,4 EAC), sin que, por lo demás, en este supuesto concreto que analizamos, la singular y diferenciada configuración de la competencia de la Generalidad de Cataluña relativa a las «instituciones de crédito corporativo, público y territorial y Cajas de Ahorros» (art. 12.1,6 EAC) presente mayor relevancia, pues si bien algunas Comunidades Autónomas disponen respecto a las Cajas de Ahorro y a las Cooperativas de Crédito de competencias de las que carecen en relación con otras entidades de crédito (en este sentido, STC 48/1988, fundamento jurídico 2.º, con relación a las Cajas de Ahorros; y en cuanto a las Cooperativas de Crédito, STC 134/1992), no es éste el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que no sólo tiene atribuidas competencias sobre esas específicas entidades crediticias, sino también sobre la «ordenación del crédito y Banca» en todo lo no básico, materia ésta que engloba —insistimos una vez más— aquellos aspectos relativos tanto a las funciones y actividades externas de las entidades de crédito como a la estructura y organización de las mismas, incluidas, en particular y en lo que en este momento nos interesa, las propias Cajas de Ahorros y las Cooperativas de Crédito.

Segundo.—También con carácter general y sin perjuicio de su concreción al hilo de la impugnación de algunos de los preceptos de la Ley 13/1989 impugnados, la representación de la Generalidad de Cataluña alega que el mandato del artículo 129.2 de la CE no sólo no ha sido observado, sino que al imponerse unas condiciones y requisitos para el desarrollo de la actividad de las Cooperativas de Crédito desiguales al de las restantes entidades de crédito se penaliza y limita a aquéllas en clara contradicción con el referido precepto constitucional, según el cual «los poderes públicos (...) fomentarán mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas». De esta forma se impide también, en la medida en que la Generalidad de Cataluña queda vinculada por esas previsiones estatales, que pueda hacerse efectivo el correlativo mandato estatutario de que «la Generalidad, como poder público (...) podrá fomentar mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas en los términos resultantes del número 21 del artículo 9 del presente Estatuto» (art. 55.1 EAC).

A propósito de esta objeción, debe señalarse ya que el fomento por los poderes públicos de una actividad determinada —en este caso, la del cooperativismo crediticio— ofrece un amplísimo campo de actuación y de adopción de medidas que pueden presentar además muy diferentes niveles de intensidad, lo que, a salvo de aquellos supuestos en lo que se evidencie manifiestamente infundado o arbitrario el trato normativo desigual que, a su vez, determine un efecto desincentivador de la actividad, dados los condicionamientos a los que ésta queda sujeta, excluye que este Tribunal pueda adentrarse en valoraciones y apreciaciones que por ser de mera oportunidad acampan ineludiblemente fuera del estricto juicio de constitucionalidad.

Tercero.—La impugnación del último inciso del artículo 2 de la Ley 13/1989 viene motivada por el hecho de que, a juicio del Abogado de la Generalidad, la legislación autonómica dictada con arreglo a su competencia y respetando

las bases estatales, no puede quedar relegada a la categoría de legislación supletoria de la estatal

Nada cabe objetar a esta afirmación en su propio enunciado general, que se adecua plenamente al mecanismo de articulación constitucional de las normas estatales y autonómicas, con arreglo al cual la supletoriedad sólo se reconoce en el Derecho estatal por relación al de las Comunidades Autónomas (art. 149.3 CE). Consecuentemente, la norma estatal que dispusiere la aplicación supletoria de la norma autonómica incurriría en inconstitucionalidad, bien porque supondría la degradación de la eficacia directa de la norma autonómica dictada al amparo del correspondiente título competencial o, en otro caso, porque vendría a atribuírsele una eficacia que, aun siendo supletoria, nunca podría tener al no disponer dicha norma de cobertura competencial y ser, por tanto, válida. La supletoriedad, en suma, en la relación Derecho estatal-Derecho autonómico, opera a favor de aquél y no de este último, de manera que no cabe la pretendida norma autonómica supletoria de la estatal, siendo inconstitucional la que así lo disponga.

En realidad, para un correcto entendimiento del precepto impugnado («con carácter supletorio les será de aplicación la legislación de cooperativas»), es preciso situar el referido inciso en el contexto más global del artículo 2, que establece que las Cooperativas de Crédito se rigen por la propia Ley estatal 13/1989 y por las normas que con carácter general regulan la actividad de las entidades de crédito, así como por las correspondientes normas de desarrollo de la Ley, «sin perjuicio, en cuanto a estas últimas, de las disposiciones que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en la materia».

De este modo, se reconoce expresamente la competencia de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que dispongan sus correspondientes Estatutos de Autonomía, para regular el régimen jurídico de las Cooperativas de Crédito, debiéndose tener en cuenta que, con arreglo a las singulares características de las Cooperativas de Crédito, en las que confluyen al menos y en lo que ahora interesa, aspectos crediticios y cooperativos —en los que, a su vez, inciden aspectos laborales y mercantiles (STC 134/1992, fundamento jurídico 2.º)—, la normativa autonómica será complementaria de la estatal dictada al amparo del artículo 149.1.11 de la CE y de directa aplicación en los aspectos estrictamente cooperativos cuya regulación, por no tener carácter mercantil o laboral (art. 149.1.6 y 7 CE), corresponda a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Este reparto competencial se respeta, pues, íntegramente por el artículo 2 de la Ley 13/1989 al referir el marco normativo con expresa mención «de las disposiciones que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en la materia», expresión ésta suficientemente amplia que deja a salvo no sólo las normas autonómicas dictadas en el ejercicio de la competencia de desarrollo de la legislación crediticia que con el carácter de básica dicte el Estado, sino también las que lo sean al amparo de la competencia exclusiva que en materia de cooperativas haya asumido.

Siendo esto así, fácilmente se comprende que el inciso impugnado, al establecer que «con carácter supletorio les será de aplicación de legislación de cooperativas», no está configurando a la legislación catalana en materia de cooperativas como legislación supletoria aplicable a las Cooperativas de Crédito, pues esa legislación de cooperativas supletoria no será sino la legislación de cooperativas estatal (concretamente, Ley 3/1987, de 2 de abril, General de

Cooperativas), siempre, claro es, en que, por razón de la materia, le corresponda al Estado la competencia normativa o, en su caso, aun correspondiendo a la Comunidad Autónoma, ésta no lo haya ejercitado.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, alude, en fin, con absoluta claridad a este criterio, al señalar que «la legislación del Estado tiene sólo carácter de Derecho supletorio respecto del de las Comunidades Autónomas con competencias legislativas plenas en materia de cooperativas», si bien añade que «esta regla general resulta matizada, en el caso particular de las Cooperativas de Crédito en tanto en cuanto, en virtud del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al Ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, se concede a las Cooperativas de Crédito inscritas en el Registro especial del Banco de España el carácter de entidades de crédito, al igual que también lo son los bancos privados, las Cajas de Ahorro o las Entidades Oficiales de Crédito». De este modo, la Ley 13/1989 «no pretende ofrecer una regulación completa y exhaustiva de todos los aspectos de las Cooperativas de Crédito, sino tan sólo establecer las bases del régimen jurídico de dichas instituciones en cuanto entidades de crédito, que al Estado corresponde dictar al amparo del artículo 149.1.11 de la Constitución».

Cuarto.—El artículo 3.3, párrafo segundo, puesto en relación con el mismo artículo 3.2 de la Ley 13/1989, a juicio de la Generalidad de Cataluña determina que la expresión «Crédito Agrícola» sólo pueda ser utilizada en la denominación del «Banco de Crédito Agrícola, S.A.» y de las «Cajas Rurales o cualesquiera otras Cooperativas de Crédito pertenecientes al Grupo Asociado Banco de Crédito Agrícola-Cajas Rurales Asociadas, conjuntamente o por separado y mientras formen parte de dicho grupo». Parte así la recurrente de un concreto entendimiento del precepto que, dado el carácter básico de la disposición final segunda de la misma Ley le otorga, desconoce y vulnera, en su opinión, la competencia de la Generalidad para dictar normas sobre la denominación de las cooperativas en su ámbito territorial.

Pues bien, ese carácter básico que se atribuye al precepto no puede justificarse —tal como de contrario pretende el Abogado del Estado— en la competencia estatal sobre las bases de la ordenación de crédito, pues la utilización de la expresión «Crédito Agrícola» ni se impone obligatoriamente, siendo su uso por las entidades a las que se les reserva meramente facultativo, ni por su propio carácter genérico («Crédito Agrícola») dicha expresión puede caracterizar al sector del crédito oficial, siendo este término, justamente, y no aquel otro, el que puede individualizar y singularizar a las entidades que operan en dicho sector.

Si bien en el caso de las denominaciones de las Cooperativas de Crédito la fijación de los criterios que deban observarse no cabe atribuirlos sin más a la competencia normativa que en materia de cooperativas —y específicamente en lo que atañe a la denominación de las mismas— han asumido algunas Comunidades Autónomas, tal como la propia Ley estatal 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, en su disposición final primera, 1 y 2, ha reconocido expresamente, y ello porque la ordenación de las denominaciones de las entidades crediticias en cuestión que encuentra más preciso encaje competencial en la materia ordenación del sector crediticio, dada su especificidad y preferencia respecto de la más genérica relativa a cooperativas, en el supuesto de la previsión que se impugna, no cabe reconocer en la misma ese carácter básico para la ordenación de las instituciones crediticias por las razones ya indicadas.

La conclusión, por tanto, es que el artículo 3.3, párrafo segundo, no posee carácter básico, lo que, en realidad, al igual que ya decidimos ante un supuesto similar en la STC 86/1989, fundamento jurídico 14, ha de traducirse en la declaración de inconstitucionalidad, no ya del referido precepto, sino de la disposición final segunda de la misma Ley, por cuanto éste no incluye al señalado artículo 3 3, párrafo segundo, entre las excepciones a la declaración a la que procede de ser «básicos, al amparo de lo establecido en el artículo 149.1,11 de la Constitución los preceptos contenidos en la presente Ley...»

Quinto.—Los artículos 4.2, párrafo primero, y 8.3 son objeto de impugnación por idénticos motivos, consistentes, de una parte, en haberse incluido en el ámbito de las bases de la ordenación del crédito (disposición final segunda), y de la otra, en contradecir abiertamente el mandato contenido en el artículo 129.2 de la CE

Más en concreto, la limitación que el artículo 4.2, párrafo primero, ha previsto —«en cualquier caso, el conjunto de las operaciones activas con terceros de una cooperativa de crédito no podrá alcanzar el 50 por 100 de los recursos totales de la entidad», es su tenor literal—, no puede quedar amparada —alega la representación de la Generalidad— por el artículo 149.1,11 de la CE, una vez que esa limitación resulta cuando menos irrelevante desde la perspectiva de los aspectos básicos de la ordenación del crédito. Por ello —se añade—, dada la exclusiva relevancia del referido extremo para la configuración de las Cooperativas de Crédito en lo que afecta a sus aspectos internos, intrínsecos al cooperativismo, a las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en las materias de cooperativas o de instituciones de crédito cooperativo les corresponde adoptar decisiones como la que es objeto de impugnación.

Más allá del problema competencial que se trata de vincular al establecimiento de un límite porcentual a la realización de operaciones activas con terceros no socios, hemos ya declarado que la determinación de si las Cooperativas de Crédito pueden o no concertar esas operaciones es una decisión a la que por su carácter íntimamente relacionado con la configuración y definición de dichas entidades, debe atribuírsele carácter básico de la ordenación del sector crediticio y que, por ello mismo, resulta radicalmente ajena al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Siendo las Cooperativas de Crédito instituciones de crédito, la definición de las mismas —y, por tanto, la determinación de un aspecto estructural de esa definición cual es la posibilidad o no de realizar operaciones activas con terceros— en cuanto acota la materia a regular y sirve así como elemento básico delimitador de competencias, resulta sin duda un aspecto esencial de la ordenación del crédito.

De este modo; correspondiendo al Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1,11 de la CE exceptuar o modular el principio mutualista que tradicionalmente ha caracterizado a las Cooperativas de Crédito y las ha diferenciado de otras entidades y sociedades, dando entrada a que en sus funciones típicas pueda incluirse la realización de operaciones activas con terceros no socios, ninguna objeción en estrictos términos constitucionales puede oponerse a los términos concretos y precisos en que esa excepción, o cuando menos modulación, haya quedado establecida. De ahí que la limitación que incorpora el artículo 4.2, párrafo primero, impugnado no vulnere las alegadas competencias de la Generalidad de Cataluña.

Pero es que, además, alcanzada esta conclusión, esa limitación tampoco puede considerarse contraria al artículo 129 2 de la CE, máxime cuando, de

acuerdo con lo señalado en el fundamento jurídico 2.º anterior, la relatividad y amplio margen de decisión que conlleva el mandato constitucional, puesto en estrecha relación con la peculiaridad de las Cooperativas de Crédito respecto de las demás entidades de crédito, permitiría incluso estimar la decisión adoptada por el legislador estatal como una efectiva medida legislativa adecuada para el fomento de las sociedades cooperativas, pues la apertura de su ámbito de actuación a determinadas operaciones hasta ese momento totalmente prohibidas no viene sino a favorecer un mayor desarrollo de su actividad.

Por último, de las previsiones del artículo 8.3, impugnado, también por los mismos motivos que acaban de ser analizados, debemos considerar básicas las establecidas en sus apartados *a)* y *c)*, puesto que, en relación con la primera, razones directamente conectadas a la política de solvencia de las Cooperativas de Crédito avalan tal condición de norma básica, de acuerdo con la doctrina que, a propósito de las entidades de depósito en general, fijamos, entre otras, en las SSTC 135/1992 y 178/1992 y, respecto de la segunda, el establecimiento de ciertos criterios para la distribución o reparto de los beneficios del ejercicio, no afectados por el Fondo de Reserva Obligatorio, no son objetables desde la consideración de su carácter básico, en cuanto constituyen elementos caracterizadores de la singularidad jurídica de dicha clase de cooperativas en relación con otras entidades crediticias, que no impiden a la Comunidad Autónoma el ejercicio de su competencia de desarrollo normativo.

Por el contrario, distinto tratamiento ha de tener la previsión contenida en el apartado *b)* del artículo 8.3. Esta aplicación del beneficio nada tiene que ver con el afianzamiento de la solvencia de la cooperativa o con la protección de los intereses de terceros, sin que la Abogacía del Estado haya alegado nada a este respecto. En efecto, tal como ha puesto de relieve el representante de la Generalidad, la finalidad de dicha aplicación del excedente al «Fondo de Educación y Promoción» tiene por objeto satisfacer las necesidades de formación y educación de los socios y empleados en los principios cooperativos, difundir las características del cooperativismo y, en general, la promoción cultural y profesional, materias que poseen todas ellas una estricta naturaleza cooperativa y con respecto a las cuales ostenta Cataluña competencia exclusiva (art. 9.21 EAC). Por esta razón, la declaración de norma básica del artículo 8.3, *b)*, que efectúa la disposición final segunda de la Ley impugnada, ha de estimarse inconstitucional.

Sexto.—Por tratarse de una función ejecutiva reservada a la Administración estatal que excede, a juicio de la Generalidad, de las bases de la ordenación de crédito, se solicita igualmente la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5.1, primer inciso. Una vez más hemos de señalar, no obstante, que si la norma excediera de lo básico, vulnerando así las competencias de la Generalidad de Cataluña, la consecuencia no podría ser la declaración de la inconstitucionalidad del artículo 5.1, sino la de la disposición final segunda, que le atribuye carácter básico al amparo del artículo 149.1, 11 de la CE.

Establece el referido precepto que «la constitución de una Cooperativa de Crédito requerirá autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda», pero esta autorización, que no excluye otras intervenciones administrativas y entre ellas la autonómica, tal como se desprende con absoluta claridad de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la misma Ley 13/1989, aun a pesar de su carácter ejecutivo no puede considerarse ajena al ámbito competencial de las bases en materia de ordenación de crédito. Reiterada doctrina de este Tribunal ha establecido que la competencia del Estado sobre las bases de ordena-

ción de crédito alcanza y engloba también aspectos puramente ejecutivos cuando se encuentren afectados directamente intereses supraautonómicos, se trate de decisiones y actuaciones que trascienden del caso particular y de las concretas situaciones afectadas; dada la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional o, en fin, cuando el acto de ejecución comporte, por necesidad intrínseca de la materia, márgenes de discrecionalidad que sólo pueda ser adoptado por instancias que tengan a su cuidado intereses peculiares distintos a los puramente generales (entre otras, SSTC 135/1992, fundamento jurídico 3.º, y 178/1992, fundamento jurídico 2.º).

Debe rechazarse la imputación de inconstitucionalidad que se formula por la Generalidad de Cataluña, atendiendo para ello a la doctrina general expuesta y a consideraciones en todo similares a las contenidas en el fundamento jurídico 13.a) de la STC 86/1989, a las que no cabe sino remitirse en su integridad, sin perjuicio de añadir que la constitución de nuevas entidades crediticias, por su incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional, necesariamente queda reservada a las autoridades estatales en la materia.

Séptimo.—Los artículos 5.2, 9.9 y 10, párrafo segundo, imponen la necesidad de proceder a la inscripción en los correspondientes Registros del Banco de España de las Cooperativas de Crédito —sin perjuicio de su inscripción en el Registro Mercantil y en el correspondiente Registro de Cooperativas (art. 5.2)—, así como a la de los altos cargos de las personas elegidas o designadas para ocupar en dichas cooperativas los puestos de Consejero o de Director general (art. 9.9) y a la de las Cooperativas de Crédito resultantes de una fusión, escisión o absorción (art. 10, párrafo 2.º)

También en este caso se alega por la Generalidad de Cataluña la vulneración de sus competencias ejecutivas en la materia, no tanto por preverse esas obligaciones de inscripción, sino por el hecho de que, sin excluir otras, deban realizarse necesariamente en unos Registros de gestión estatal —concretamente a cargo del Banco de España—, pero coherentemente con la doctrina precedente de este Tribunal y con la naturaleza y alcance mismo de esa función registral, debe rechazarse la pretendida infracción del orden constitucional de distribución de competencias

La cuestión planteada, una vez más, resulta muy similar a la que fue examinada en la STC 86/1989, fundamente jurídico 13.d) y e), debiéndose estar a la doctrina allí mantenida para la decisión que en esta ocasión debemos adoptar. De este modo, correspondiendo al Estado —sin perjuicio de otras posibles— la autorización de las Cooperativas de Crédito, la inscripción de las mismas en un Registro a cargo del Banco de España que, como hemos precisado en las SSTC 135/1992, fundamento jurídico 3.º, y 178/1992, fundamento jurídico 2.º, se configura como asesor del Gobierno de la Nación y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia, razón por la cual interviene, en un nivel operativo y por razón de su especialización técnica, en la ordenación básica del crédito es complemento lógico e indispensable para asegurar una necesaria uniformidad en la aplicación de la Ley y por razón misma del carácter de establecimientos de crédito que a dichas cooperativas la normativa estatal les reconoce (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio).

Este mismo carácter de establecimientos o entidades crediticias justifica, por lo demás, el carácter básico de las dos otras inscripciones registrales previstas en los artículos 9.9 y 10, párrafo segundo.

Octavo —La impugnación del número 1 del artículo 9 tampoco puede pros-

perar. Dicho precepto establece aspectos orgánicos y de funcionamiento esenciales de las Cooperativas de Crédito, como es la determinación de los órganos sociales de las cooperativas, que supone unas exigencias mínimas que se imponen con el carácter de bases de la ordenación del crédito (disposición final segunda), dejando un amplio margen de desarrollo normativo a la Generalidad de Cataluña, lo que se justifica constitucionalmente por ser un elemento configurador de dichas cooperativas respecto de las demás entidades crediticias, siendo en este extremo reproducible sin más la doctrina de las SSTC 48/1988, fundamento jurídico 3.ºe), y 49/1988, fundamentos jurídicos 2.º y 26. En consecuencia, englobando la competencia estatal sobre las bases de la ordenación del crédito, la fijación de las normas reguladoras de la estructura, organización y funciones de los distintos intermediarios financieros, y no apreciándose en el precepto cuestionado un detalle incompatible con la finalidad misma de la competencia estatal —la de garantizar, en este caso, una estructura común y uniforme mínima de las Cooperativas de Crédito en todo el territorio nacional— y, por tanto, no vaciando de contenido a la competencia de la Generalidad de Cataluña para desarrollar y concretar esa estructura orgánica y funcional, el recurso en este punto debe ser rechazado.

Distinto es el caso del primer párrafo del número 2 y del número 4 de este artículo 9 que disponen, respectivamente, la forma de voto de los socios y se dispone que el Consejo Rector designará, contratará y destituirá el Director general. No se aprecia en estos párrafos la mera función de garantizar una estructura común y uniforme de las Cooperativas de Crédito en todo el territorio nacional, sino una especificación de detalle incompatible con la finalidad de la competencia básica estatal, que vacía de contenido la competencia autonómica de desarrollar y concretar la estructura orgánica y funcional interna de las corporaciones de crédito corporativo que no afecta directamente a la actividad crediticia.

Noveno.—Finalmente, el artículo 12 se limita a establecer que «será de aplicación a las Cooperativas de Crédito la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito», por lo que la impugnación de la Generalidad de Cataluña, al no presentar otro fundamento que el considerar diversos preceptos de la Ley 26/1988 inconstitucionales, tal como mantiene en el recurso de inconstitucionalidad número 1726/88 pendiente de sentencia, resulta evidente que carece de todo contenido impugnatorio propio, sin que, con independencia de la suerte que el referido recurso pueda tener, por sí mismo este artículo 12 pueda ser objeto de ningún reparo constitucional.

En cuanto a la impugnación de la disposición final segunda, al hilo del análisis del carácter básico o no de los restantes preceptos impugnados que dicha disposición declara básicos, ya ha quedado dilucidada su adecuación o ajuste al orden constitucional de distribución de competencias.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 1593/89, al que se adhiere el Magistrado don Luis López Guerra.

Disiento del fallo y de la fundamentación de la presente sentencia en lo que se refiere a dos grupos de preceptos que regulan determinadas facultades de

ejecución y son considerados básicos. De un lado, a mi juicio, la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previa a la constitución de una Cooperativa de Crédito, prevista en el artículo 5.1 de la Ley recurrida, no puede ser incluida entre las bases de ordenación del crédito. Esto es así, en primer lugar, y siguiendo la línea argumental de los votos particulares a la STC 86/1989, porque se trata de un acto de mera ejecución, que, además, frente a lo que se apunta en la sentencia, tiene carácter reglado. Este Tribunal ha advertido en reiteradas sentencias que las bases deben establecerse mediante leyes formales; sólo excepcionalmente pueden plasmarse en disposiciones reglamentarias y, más excepcionalmente todavía, en actos de ejecución. En el presente supuesto, nada permite concluir que exista una situación tan excepcional como la requerida por la jurisprudencia constitucional para poder extender la competencia básica estatal en detrimento de la competencia autonómica, que en este caso es doble: la de desarrollo y ejecución en materia de ordenación del crédito y la competencia exclusiva sobre cooperativas. El acto de autorización, ni es un complemento indispensable para poder ejercer las competencias básicas estatales de ordenación de crédito, ni las genéricas referencias de la sentencia a los intereses supracomunitarios resulta decisiva, ni su incidencia en el sistema crediticio puede considerarse sustancial, sobre todo, y éste es un argumento complementario importante, si se tiene en cuenta el limitado volumen de depósitos y de operaciones que en la práctica llevan a cabo las Cooperativas de Crédito en comparación con las demás entidades financieras. En suma, no se alcanza a ver cómo la referida autorización puede incidir de modo tan radical en la estabilidad y en el funcionamiento del sector crediticio que requiera su inclusión en las bases de la ordenación del crédito. A mi entender, pues, la competencia de autorización corresponde a la Comunidad Autónoma y, en consecuencia, a ella deben atribuirse también los actos de ejecución reglada directamente conectados con dicha facultad y previstos en los artículos 5.2 y 9.9, es decir, la inscripción registral directa de las cooperativas y el registro de altos cargos. Las cooperativas autorizadas por la Generalidad de Cataluña deben solicitar su inscripción en el Registro de Cooperativas de la Comunidad y no puede considerarse básica la obligación impuesta a las mismas de solicitar igualmente la inscripción en el Registro de Cooperativas del Banco de España. Una interpretación de este tipo supone admitir un solapamiento de títulos competenciales, con la consiguiente duplicidad de actuaciones. Esto no significa negar la posibilidad de que el Estado no pueda llevar sus propios Registros, ni el deber de colaboración de los Registros autonómicos con ellos. Del mismo modo, corresponde a la Comunidad Autónoma llevar el registro de altos cargos y, en aplicación de las normas sobre incompatibilidad, admitir o denegar las solicitudes cursadas, sin perjuicio, naturalmente, de comunicar al Banco de España las resoluciones adoptadas.

En segundo lugar, mi discrepancia atañe a la letra c) del artículo 8.3 en la que se condiciona el destino de los beneficios que quedan a la disposición de la Asamblea general. A mi entender, esta previsión, que no afecta a la solvencia de estas entidades, corresponde a la materia de cooperativas y, más concretamente, se refiere a un aspecto de su régimen orgánico y de funcionamiento. El Tribunal ha afirmado reiteradamente que desde las competencias estatales sobre ordenación del crédito sólo de forma excepcional pueden regularse los extremos relativos a la organización de las entidades financieras cuando se trate de aspectos orgánicos que repercutan directamente al ejercicio de las actividades crediticias o cuando sean determinantes para definir las

características diferenciales de las distintas entidades. Ninguna de estas circunstancias se da en el presente caso. Sin necesidad de recurrir a una interpretación restrictiva, como requiere toda aplicación de una regla excepcional, nada permite entender que determinar el destino de los beneficios restantes, después de haber cubierto los legalmente obligados, y limitar los beneficios repartibles entre los socios al interés legal del dinero sea, como afirma la sentencia, una norma que defina un elemento caracterizador de la singularidad jurídica de las cooperativas en relación con otras entidades de crédito. Las cadenas de excepciones tienen un límite que, lógicamente, es más estricto en ámbitos materiales como el de cooperativas en el que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva.

F. C. D.

2. *Sentencia de 6 de mayo de 1993.*—COMPILACION DE LAS ISLAS BALEARES.—Competencia para el desarrollo del Derecho civil foral o especial.—Pleno.—Ponente: Sr. Gimeno Sendra.

Antecedentes de hecho: La Compilación del Derecho civil de Baleares era de 19 abril 1961. Tras la promulgación de la Constitución, la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlamento de las islas Baleares, la reformó para adaptarla a aquélla y a los tiempos actuales; su artículo 25 autorizó al Gobierno de la Comunidad Autónoma para aprobar un Texto Refundido. En virtud de ello dictó el Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, cuyo artículo único aprobó el Texto Refundido de la Compilación.

El Gobierno de la Nación, a través de la Abogacía del Estado, formula recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 2.1 y 52 de la misma. El texto de los mismos se halla en los fundamentos 2 y 4, respectivamente, de esta sentencia.

Fallo: El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un inciso del artículo 2.1.

Fundamentos jurídicos. *Primero.*—Se formula este recurso contra dos preceptos (arts. 2, párrafo 1.º, y 52) de la Compilación de Derecho civil de Baleares, aprobado en su día por la Ley 5/1961, adoptada e integrada después, con modificaciones, en el Ordenamiento balear por la Ley 8/1990, del Parlamento de la Comunidad Autónoma y objeto, en fin, de refundición por el Decreto legislativo 79/1990, texto este último frente al que se ha de entender dirigido, como en los antecedentes se ha expuesto, el recurso de inconstitucionalidad.

La controversia, tal como se plantea por las partes, se fundamenta en la norma constitucional (art. 149.1.8), que ordena la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la «legislación civil», y también en lo dispuesto, en desarrollo de tal precepto, por el artículo 10.22 del Estatuto de Autonomía de las islas Baleares (EAB en adelante). Importa recordar, por tanto, que el citado artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», sin perjuicio, añade el precepto, «de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Son de competencia estatal «en todo caso», concluye esta norma, «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de

los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial». Sobre la base de lo dispuesto en este artículo 149.1,8, el EAB atribuyó a la Comunidad Autónoma, en su artículo 10.22, «competencia exclusiva» para la «conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma». Estas son, pues, las normas, constitucionales y estatutarias, que se aducen por las partes como medida de la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas en el presente recurso.

Uno y otro de los preceptos objeto del recurso plantean, desde luego, problemas específicos, pero ello no es obstáculo para que hagamos aquí, respecto de ambos, un sucinto recordatorio de la doctrina constitucional relativa a la articulación de competencias, en orden a la legislación civil, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tal como se recoge muy particularmente en la reciente STC 88/1993. De los pronunciamientos entonces realizados es preciso recordar, por lo que ahora importa, lo siguiente.

a) El artículo 149.1,8 de la Constitución, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra en la intangibilidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos regieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo». Tales son los conceptos, dijimos también entonces (fundamento jurídico 1.º), que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables, de modo que la ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1,8, determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél la Constitución le atribuye ya la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo. Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio de lo que en el último inciso del artículo 149.1,8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.

b) Nos ocupamos también en la STC 88/1993 del alcance de los conceptos, constitucionales y estatutarios, de «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos civiles especiales o forales. Esta última noción, la de «desarrollo», es, como después se verá, la que aquí más importa y sobre ella declaró el Tribunal (fundamento jurídico 3.º) que la Constitución permite, al emplearla, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención a una

valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. Es claro, en todo caso, que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos Derechos, y así esta competencia no queda rígidamente vinculada al contenido actual de las Compilaciones o de otras normas de los ordenamientos civiles o especiales; cabe, por ello, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil o foral o especial regulen «instituciones conexas» con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informados peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1,8 de la CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.

Los criterios generales que así derivan de nuestra jurisprudencia en orden a las competencias relativas a la «legislación civil» son premisa obligada para el enjuiciamiento de las disposiciones objeto de este recurso.

Segundo. El primero de los preceptos impugnados es el artículo 2, párrafo primero, de la Compilación de Derecho civil de Baleares. El texto íntegro de dicho artículo es el siguiente:

«Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas.

La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general».

El precepto, según la demanda, habría incurrido en inconstitucionalidad por vulnerarse o invadirse con él la exclusiva competencia del Estado para la adopción de «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas» (art. 149.1,8.º CE), toda vez que, se arguye, la norma impugnada viene a sustituir la vecindad civil (art. 14.1 CC) por la residencia administrativa como criterio para la aplicación del Código Civil o de los Derechos civiles especiales o forales en las distintas partes del territorio nacional y a ignorar, con ello, que la residencia sólo da lugar a la adquisición de la vecindad civil con arreglo a lo establecido en el artículo 14.5 del propio Código, esto es, por residencia «continuada» durante dos o diez años, siempre y cuando el interesado, en el primer caso, manifieste su voluntad de cambiar de vecindad civil y se haga constar tal declaración en el Registro Civil. Esta inconstitucionalidad, a juicio del Abogado del Estado, no quedaría empañada por lo prevenido en el segundo inciso del párrafo primero del artículo 2, pues al disponer allí la norma que «se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas», se está regulando, en rigor, otra materia, la de los conflictos de leyes a que pueda dar lugar la

coexistencia de distintos ordenamientos. Para la demanda, en todo caso, este último inciso, puesto en relación con el texto que le precede, introduciría una grave inseguridad jurídica y conculcaría, por ello, lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución.

La defensa de la regla impugnada que han hecho las representaciones de la Comunidad Autónoma se ha articulado en torno a dos argumentos principales. De conformidad con el primero, el párrafo impugnado del artículo 2 no podría ser declarado inconstitucional, pues este precepto admite una interpretación conforme a la Norma fundamental, con arreglo a la cual la aplicación del Derecho civil balear a los residentes «sin necesidad de probar su vecindad civil» expresaría, tan sólo, una presunción de que aquéllos, los residentes, ostentan tal vecindad, lo que estaría lejos de significar una sustitución del criterio general para la aplicación de un ordenamiento u otro previsto en el artículo 14.1 del Código Civil (aunque sí pudiera entrañar, se apunta, la modificación de lo prevenido en el número 6 de dicho artículo 14, de conformidad con el cual «en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento»). La segunda argumentación sostiene la validez constitucional del precepto en la medida en que el mismo deriva de lo dispuesto en el artículo 7 del EAB, cuyo texto es el siguiente: «Las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares y su Derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales». Las representaciones del Parlamento y del Gobierno balear consideran que la disposición impugnada trae causa directa del precepto estatutario transcrito, al que ningún reproche de inconstitucionalidad cabría hacer con fundamento en el artículo 149.1.8.º de la Constitución, pues el Estatuto ha sido aprobado mediante Ley Orgánica del Estado.

A partir de los argumentos así expuestos, debemos proceder al enjuiciamiento que se nos pide, no sin antes determinar el alcance o sentido de la regla impugnada y precisar, en relación con ello, cuál sea el precepto constitucional que haya de ser medida de su validez:

a) El inciso del párrafo primero del artículo 2 frente al que se dirige muy en primer lugar esta impugnación prescribe que las normas del Derecho civil de Baleares serán de aplicación a quienes «residan» en el territorio de la Comunidad Autónoma, «sin necesidad de probar su vecindad civil». Si este enunciado legal se pone en relación con el que le sigue en el mismo párrafo primero y con el texto, también, del párrafo segundo del propio artículo 2 cabría identificar el sentido de la norma no en el designio de sustituir, sin más, el criterio de la vecindad civil a efectos de la «sujeción al Derecho civil común o al especial o foral» (art. 14.1 CC), sino en el propósito de introducir, más bien, la presunción de que los residentes en el territorio autonómico ostentan aquella vecindad a la que liga del precepto del Código recién citado la aplicación, en su caso, del Derecho civil propio de Baleares. Que la norma busca introducir una presunción de tal carácter es algo que se indicaba ya en la Exposición de Motivos de la Ley del Parlamento balear 8/1990 (las personas que residan habitualmente en las islas, se dijo allí, «deben quedar liberadas, lógica y legalmente, de probar su vecindad civil balear») y sólo de este modo cabe entender, por lo demás, que el mismo párrafo primero del artículo 2 se remita *in fine* a las normas del «Derecho interregional (...) privado» y que el

párrafo segundo del propio precepto contenga otra remisión al «Código Civil y demás disposiciones de aplicación general en lo relativo, precisamente, a la «vecindad». Cuestión ya distinta es, desde luego, que unas remisiones y otras resulten coherentes, en la economía general del precepto, con la presunción así establecida. Para situar los términos del enjuiciamiento que sigue basta con constatar, sin embargo, que el precepto impugnado afecta al régimen de determinación de la vecindad civil, vecindad que constituye criterio para apreciar la sujeción a cualquiera de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional y punto conexión, así para la identificación de la «ley personal» en los conflictos de leyes que surjan de aquella coexistencia (arts. 14.1 y 16.1,1.º CC).

b) Lo que queda dicho permite ya identificar con precisión cuál sea la norma constitucional que, dentro del artículo 149.1.8.º, ha de resultar medida de validez de la impugnada. Aunque unas partes y otras han argumentado, sobre todo, a partir de la norma que atribuye al Estado, en aquel precepto, competencia exclusiva para la adopción de las «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», es lo cierto que el precepto constitucional de referencia ha de ser aquí, por más preciso y ajustado al objeto de la norma impugnada, el que, en el mismo artículo 149.1.8.º, afirma la competencia estatal, también exclusiva, en orden a «las normas para resolver los conflictos de leyes». La disposición impugnada afecta, sin duda, a la vecindad civil y al constituir ésta, según se recordó, punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que mediante aquélla se viene a incidir sobre un aspecto nuclear del Derecho interregional, sector éste del Ordenamiento al que la norma constitucional se refiere (junto al Derecho internacional privado) con la expresión «normas para resolver los conflictos de leyes».

Lo que hemos de considerar es, en suma, si el precepto impugnado ha conculcado o no lo dispuesto en la norma constitucional que sienta la exclusiva competencia del Estado en todo lo relativo a las «normas para resolver los conflictos de leyes». Como habrá también ocasión de señalar, esta norma constitucional preserva, muy destacadamente, la seguridad jurídica en el tráfico interregional, de tal modo que la invocación por la demanda de tal principio (art. 9.3 CE) bien puede considerarse ahora como especificación o concreción de la tacha genérica que así se opone a la disposición objeto del recurso.

Tercero.—Hemos de partir de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8.º y STC 72/1983, fundamento jurídico 5.º), atribución competencial ésta cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. La Norma fundamental —siguiendo en esto el precedente del art. 15.1.º de la Constitución republicana— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme del Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los

dispuestos en la legislación general, ya, en otras hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1,8.º a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida «en todo caso» a la legislación del Estado.

Resulta obligado, siendo esto así, compartir el reproche que el recurso formula contra el artículo 2 de la Compilación del Derecho civil de Baleares. En efecto, cabe estimar que al prescribir tal norma que ese ordenamiento sea aplicable a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma «sin necesidad de probar su vecindad civil» se está adoptando, sin sombra de duda, una regla cuyo objeto es la propia vecindad como punto de conexión para la determinación de la ley personal; cuando esta materia corresponde al legislador estatal, quien en el Derecho interregional ha basado la aplicación de la Ley personal en la noción de vecindad civil (art. 16.1,1.ª CC) y, a este fin, ha establecido un régimen legal específico de su adquisición y pérdida (arts. 14 y 15 del mismo Código). Esto es, se está regulando una materia por entero ajena, como hemos dicho, a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar —en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación— lo establecido en la normativa dictada por el Estado.

El legislador balear, sin embargo, no lo ha hecho así, pues lo establecido en el segundo inciso del párrafo primero de este artículo 2 viene a otorgar a la «residencia» un valor presuntivo de la vecindad civil. Y al ser evidente las diferencias que existen entre la mera residencia como noción de hecho y la vecindad civil en cuanto noción jurídica, así como entre el régimen de adquisición y pérdidas de una y otra circunstancia personal, la consecuencia que se produce es tanto la alteración o modificación del régimen de la vecindad civil establecido en los artículos 14 y 15 del Código Civil —con olvido, en particular, tanto de la presunción establecida en el artículo 14.6 de este cuerpo legal, extremo señalado por el propio Gobierno balear— como de lo dispuesto en el artículo 16.1,1.ª del Código al determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales.

A lo que cabe agregar, además, que también se producen otras consecuencias no menos importantes por haber basado el legislador balear tal presunción en la circunstancia de la mera residencia. En primer lugar, la quiebra de la unidad del sistema estatal del Derecho interregional va acompañada, correlativamente, de una disparidad respecto al ámbito de aplicación en el espacio de los distintos Derechos civiles coexistentes en España, ya que si la común conexión artículo 16.1,1.ª —la vecindad civil— asegura un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles, no ocurre otro tanto en el caso del Derecho civil balear, cuyo ámbito se amplía considerablemente en virtud de la disposición aquí impugnada, al introducir un punto de conexión distinto. Basta observar, en efecto, que el Derecho civil balear sería aplicable como ley personal no sólo a todos los residentes en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, sino también (en atención al criterio de la vecindad civil previsto en el art. 16.1,1.ª CC) a los no residentes en la Comunidad que ostente la vecindad civil balear mientras que la aplicación de cualquier otro Ordenamiento civil común o foral, coexistente en España, sólo se produce en virtud de la vecindad civil del interesado. En segundo lugar, y centrándonos en la aplicación del Derecho civil balear como ley personal por la residencia en esa

Comunidad, preciso es admitir que la facilidad para adquirir o perder la mera residencia entraña, por sí misma, la posibilidad de que la legislación balear resulte aplicable sin que el interesado tenga su centro de vida o arraigo suficiente en el territorio de dicha Comunidad. Lo que indudablemente afecta de modo negativo a la estabilidad y permanencia que tradicionalmente se ha considerado que son inherentes a la ley personal, dadas las materias que ésta rige según el artículo 9.1 del Código Civil («la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte»). Siendo de observar, al respecto, que la adquisición de la vecindad civil precisa una residencia «continuada» de dos o diez años, según medie o no expresa declaración por el interesado e inscrita en el Registro Civil, favorable al cambio de vecindad (art. 14.5 CC). Por lo que cabe concluir, en definitiva, que el régimen legal de la vecindad civil establecido en la normativa estatal resulta así alterado por la regla aquí impugnada y, con ello, se violenta la unidad del régimen jurídico relativo al punto de conexión determinante de la ley personal en los conflictos interregionales; unidad de régimen que, como hemos dicho, ha sido inequívocamente establecida por el artículo 149.1.º de la Constitución.

Conclusión de inconstitucionalidad tan clara no puede quedar empañada por la invocación que las representaciones de la Comunidad Autónoma han hecho de lo dispuesto en el artículo 7 del EAB, de conformidad con el cual, y en lo que aquí interesa, el Derecho civil especial de Baleares tendrá «eficacia territorial», sin perjuicio —añade el precepto— «de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales». Cualquiera que sea la razón de ser de este precepto, es patente que el mismo se limita a enunciar un principio general —la eficacia territorial de todas las normas autonómicas— y a excepcionar del mismo, junto a otras hipótesis, «las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal», de modo que la norma nada dice sobre la definición o el reconocimiento de la vecindad civil, sino que, más bien, remite implícitamente a la legislación estatal reguladora de la misma. No cabe ver *in nuce* en este artículo 7, por lo tanto, una regla como la contenida en el precepto que ahora hemos de estimar inconstitucional, y pretender tal cosa supone tanto como sugerir, en definitiva, una interpretación contra *Constitutionem* en este punto del Estatuto de Autonomía: el artículo 149 1.8.º de la Constitución reclama, como hemos visto, una regulación estatal —y, por lo tanto, uniforme— de los conflictos de leyes en materia civil, y resultaría incompatible con tal exigencia la interpretación que viera en los Estatutos de Autonomía (en el art. 7 del EAB en este caso) una vía para la fragmentación de tal régimen común del Derecho interregional. La regla estatutaria invocada no permite, en todo caso, semejante interpretación.

Se impone, por todo ello, la declaración de inconstitucionalidad del precepto en su inciso «y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil» del artículo 2, párrafo primero, de la Compilación del Derecho civil de Baleares. Esta declaración de inconstitucionalidad no ha de afectar al resto del enunciado del precepto ni, por lo tanto, a su último inciso («se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas»), frente al que, depurado así el vicio apreciado, no cabe ya reproche alguno de inconstitucionalidad.

Cuarto.—El segundo de los preceptos impugnados es el artículo 52 del Texto Refundido de la Compilación, cuyo contenido —según lo dispuesto en el artículo único del Decreto Legislativo 79/1990— es el siguiente:

En los testamentos otorgados ante Notario no será necesaria la presencia de testigos, excepto en los casos siguientes:

- a) Cuando el Notario no conozca al testador.
- b) En caso de que el testador sea ciego o enteramente sordo.
- c) Cuando el testador no sepa o no pueda firmar.
- d) En los supuestos en que el Notario lo considere necesario o lo manifieste el testador.

En todos los supuestos los testigos en número de dos no tendrán la obligación de conocer al testador, excepto en el caso a), y podrán serlo los empleados del Notario.

En todo lo demás se observarán las formalidades previstas en el Código Civil.

La inconstitucionalidad de este precepto se afirma en la demanda sobre la base de dos argumentaciones distintas. Según la primera, la disposición sería inválida porque tendría por objeto una materia —la intervención de testigos en testamentos notariales— acerca de la cual la Compilación balear no contenía especialidad alguna al tiempo de entrar en vigor la Constitución, lo que llevaría —a partir de las premisas de las que parte en este punto el recurso— a calificar de extralimitación competencial el enunciado de este artículo 52. La segunda argumentación se articula a partir de un razonamiento bien distinto tras constatar la Abogacía del Estado que la regulación del otorgamiento de testamentos ante Notario en el Código Civil difiere de la contenida en la regla impugnada, se afirma la invalidez de ésta por versar sobre una materia —«ordenación de instrumentos públicos»— que corresponde «en todo caso» a la exclusiva competencia del Estado, según el artículo 149.1,8 de la Constitución.

Esta diversidad de argumentos requiere respuestas diferenciadas. Consideraremos en primer lugar, por tanto, si la materia regulada en el artículo 52 de la Compilación puede ser calificada, a efectos competenciales, como «ordenación» de los «instrumentos públicos», pues si así fuera resultaría ya ociosa cualquier indagación sobre el alcance en este caso de la competencia que asumió la Comunidad Autónoma, mediante el artículo 10.22 de su Estatuto, para la «conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales» vigentes en su territorio. Sólo si aquella calificación no fuera procedente se impondría, determinando si el precepto impugnado puede estimarse ejercicio legítimo de la citada competencia estatutaria.

Quinto.—El Estado ostenta «en todo caso» competencia exclusiva para la ordenación de los instrumentos públicos (art. 149.1,8 CE), lo que supone, como es obvio, que ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad, proceder a dicha «ordenación». Lo que sí es ya cuestión de interpretación es cuál sea el alcance positivo de esta competencia estatal, problema hasta ahora no planteado ante este Tribunal y que tampoco tiene que ser ahora resuelto en términos generales y abstractos en el presente proceso, pues para responder a la alegación, en este punto, de la Abogacía del Estado bastará con apreciar si lo regulado por el artículo 52 de la Compilación balear (la intervención de testigos en los testamentos notariales), constituye, desde la perspectiva jurídico-constitucional, parte de aquella «ordenación» de los «instrumentos públicos» que la Constitución reserva en exclusiva al Estado. Una primera consideración —ésta sí de alcance general— se impone antes de emprender tal examen, pues es preciso advertir, desde el principio, que el

intérprete ha de cuidar aquí de salvar la concordancia entre la exclusiva competencia del Estado en este ámbito y la que pueda ostentar determinada Comunidad Autónoma para legislar sobre institutos jurídicos integrados en su Derecho civil propio, o conexos con el mismo, lo que significa, ante todo, de aquella competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos y otros pueden o deben formalizar mediante instrumento público. Semejante inteligencia de la competencia estatal está más que implícita, hay que reconocerlo, en la motivación de este punto del recurso y desde ahora hay que decir que un tal entendimiento de lo que sea «ordenación» de los «instrumentos públicos» no se compadece con las exigencias de una interpretación integrada y armónica de las competencias estatales y autonómicas sobre la legislación civil.

Se dice en el recurso, con cita del artículo 144 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944), que los testamentos notariales «son» instrumentos públicos, afirmación de la que se hace derivar que la regulación de la intervención de testigos en estos testamentos constituye un supuesto de «ordenación» de aquellos instrumentos, enteramente ajena, por consiguiente, a la competencia que sobre su Derecho civil propio obtenía la Comunidad Autónoma de las islas Baleares. El Tribunal, sin embargo, no puede compartir este razonamiento ni aceptar, por lo tanto, que lo regulado en el artículo 52 de la Compilación balear afecte a la invocada competencia del Estado:

a) La regulación sobre la intervención de testigos en los testamentos ante Notario forma parte en nuestro Ordenamiento de la legislación civil testamentaria, no de la legislación notarial, localización sistemática ésta que no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de identificar el ámbito de las categorías jurídicas (ordenación de los «instrumentos públicos» en este caso) empleadas por el artículo 149.1 de la Constitución con fines de articulación competencial. Es de revelante consideración a este respecto lo dispuesto en los artículos 143 y 180 del ya citado Reglamento Notarial. El párrafo segundo del primero de estos preceptos reúne a la «legislación civil» para todo lo relativo a la «forma», «requisitos» o «solemnidades» de los «testamentos y actos de última voluntad» y declara el carácter meramente supletorio en estos ámbitos de la legislación notarial. El artículo 180, de otra parte, dispone, en lo que hasta ahora importa, que «en la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales», salvo las excepciones que la propia norma establece; se exceptúan de esta regla —concluye el párrafo primero del art 180— los testamentos «que se regirán por lo establecido en la legislación civil».

Ni la intervención de testigos se integra, por lo tanto, en el régimen tradicional de autorización de escrituras públicas y otros instrumentos notariales, ni su exigencia con relación a los testamentos proviene de la legislación notarial, sino, con toda claridad, de la normativa civil a la que aquélla expresamente remite.

b) La integración en la legislación civil sobre testamentos —no en la ordenación de los instrumentos públicos— de todo lo relativo a los testigos testamentarios resulta corroborada, por lo demás, a la vista de la consideración doctrinal, prácticamente unánime, sobre el carácter de la intervención de testigos en este acto jurídico. Tal intervención, cuando la Ley la exige, constituye una formalidad o solemnidad propia del testamento, sin que los testigos

instrumentales realicen, en modo alguno, funciones que puedan ser calificadas de «notariales», pues el testamento es autorizado sólo por el funcionario interviniente, único depositario de la fe pública. Han sido y son imperativos propios de la legislación sobre testamentos y no de la notarial —esto es lo que ahora importa descartar— los que han llevado al legislador a requerir la presencia de testigos en los testamentos ante Notario.

c) Es preciso reparar, por último, en que ni siquiera el Código Civil impone hoy ya la exigencia de intervención de testigos instrumentales en los testamentos ante Notario con carácter general. Acogiendo, sin duda, las críticas doctrinales antes aludidas, la Ley 30/1991 —posterior a la adopción del precepto impugnado— vino a modificar, entre otras disposiciones del Código Civil, su artículo 697, con arreglo a cuya vigente redacción la concurrencia al acto de otorgamiento de dos testigos idóneos sólo es preceptiva en tres supuestos concretos: cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento, y, en fin, cuando el testador o el Notario lo soliciten. Se confirma así la orientación de nuestra legislación, que considera la presencia testifical en el acto de testar ante Notario como un requisito de ciertos testamentos, no como una condición o formalidad inherente a la incorporación del testamento mismo a un instrumento público.

Basta con lo que queda dicho para descartar la calificación competencial que el Abogado del Estado da a la regulación de la intervención de testigos en los testamentos notariales. Ni en nuestra tradición jurídica ni en nuestro Ordenamiento actual ha formado parte dicha regulación de la legislación notarial ni, por tanto, de la ordenación de los instrumentos públicos, ello sin perjuicio de que no todos y cada uno de los contenidos de tal regulación notarial, en su actual contenido, deban estimarse comprendidos en la norma competencial aquí considerada. Con independencia de esta última salvedad, es preciso concluir, por lo tanto, en que una norma como la contenida en el artículo 52 de la Compilación balear no pueda tacharse de ilegítima con la mera invocación de la competencia estatal para la ordenación de los instrumentos públicos. El precepto impugnado no ordena dicha materia, sino una solemnidad o formalidad del acto jurídico que es testamento.

Sexto.—Ahora hemos de juzgar tan sólo la constitucionalidad de la especialidad contenida en el artículo 52 de la Compilación balear. Visto que esta Compilación no contaba, antes de la introducción de la norma impugnada, con regla alguna relativa a la intervención de testigos en los testamentos notariales, la cuestión se ciñe a determinar si el nuevo texto del artículo 52 puede ser considerado o no como «desarrollo», en el sentido constitucional y estatutario, de los Derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma (art. 10.22 EAB). El criterio para la resolución de la impugnación formulada es el que queda dicho, no el de la mayor o menor similitud o divergencia entre el precepto impugnado y la regulación contenida sobre la misma materia en el Código Civil.

Es correcta, como hemos dicho, la afirmación de la Abogacía del Estado según la cual la Compilación balear no contenía, en el momento de entrar en vigor la Constitución, especialidad alguna en materia de intervención de testigos en los testamentos notariales. No es aceptable, sin embargo, la conclusión jurídica que se hace derivar de tal constatación, pues según quede expuesto en el fundamento primero de esta sentencia, las competencias autonómicas para «desarrollar», en lo que aquí interesa, el propio Derecho civil pueden dar

lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla o en otras normas integrantes del propio Ordenamiento civil.

Así ocurre, sin duda alguna, en el presente caso. La regulación de las sucesiones —y, dentro de ella, de la sucesión testada— forma parte principalísima del Derecho civil propio de las islas Baleares y así se reflejó en el texto inicial de la Compilación (Ley 5/1961), que recogió las normas aplicables en la materia en Mallorca (libro primero, título II y, en especial, capítulo III), en Menorca (libro segundo, art. 65) y en Ibiza y Formentera (título II, y en especial capítulo III). Ninguna de estas regulaciones contempló, cierto es, especialidad alguna en lo que se refiere a la intervención testifical en los testamentos notariales, pero no cabe negar que la norma que sobre esta materia contiene el actual artículo 52 de la Compilación guarda una evidente conexión orgánica con aquellas regulaciones originarias y basta con reconocerlo así para concluir en que, al adoptar tal precepto, los órganos de la Comunidad Autónoma no han venido a ordenar un ámbito enteramente ajeno al hasta entonces regulado por el Derecho civil propio de las islas ni han incurrido por ello en un desbordamiento competencial que permitiera calificar de inconstitucional a esta norma legal. La competencia autonómica para el «desarrollo» del Derecho civil, especial o foral, ampara, como al inicio de esta sentencia quedó dicho, regulaciones de este género que, partiendo de institutos ya integrados en el propio Ordenamiento civil, disciplinen aspectos en conexión con ellos aunque ausentes hasta entonces del texto de la Compilación. Se impone rechazar, por tanto, la impugnación formulada contra el artículo 52 del Texto Refundido de la Compilación.

3. *Sentencia de 8 de julio de 1993.*—VECINDAD CIVIL.—Constitucionalidad del artículo 14, párrafo 3.º, y artículo 16, párrafo 3.º, del Código Civil, reformados por la Ley de 15 de octubre de 1990.—Pleno.—Ponente. Sr. López Guerra.

Antecedentes de hecho: La Diputación General de Aragón interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del artículo 14 del Código Civil y contra el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del artículo 16 del mismo cuerpo legal, según la redacción dada a ambos preceptos por el artículo 2 de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Lo expuesto en la demanda puede resumirse como sigue:

a) Comienza la representación actora por argumentar sobre su propia legitimación para interponer este recurso, citando al efecto el principio *pro actione*, así como la jurisprudencia constitucional que estima aplicable. Observa a este respecto que no se discute la competencia de las Cortes Generales para abordar la regulación legal impugnada, sino el significado y alcance concreto de una parte de dicha regulación en cuanto afecta negativamente al Derecho civil de Aragón, para cuya conservación, modificación y desarrollo tiene competencia exclusiva la Comunidad Autónoma (art. 35.1.4 de su Estatuto de Autonomía).

b) Se examina a continuación la articulación de competencias en orden al

Derecho civil. La competencia de cada Comunidad Autónoma con Derecho civil propio abarca la conservación, modificación y desarrollo del Ordenamiento en cuestión (art. 149.1.8 de la Constitución). Fuera de este ámbito objetivo la competencia del Estado es total, pero en el ámbito del Derecho foral la regla es la inversa: la Comunidad Autónoma puede monopolizar de forma exclusiva la potestad normativa. Así lo habría consagrado el citado artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón. No se trata sólo, en definitiva, del mantenimiento de los Derechos forales a través de una petrificación de la situación en que se encontraban, sino del reconocimiento explícito de unos ordenamientos civiles privativos, abiertos y susceptibles de expansión en torno a un conjunto de principios que los definen y vertebran, dotados de sus sistemas propios de fuentes y capaces de autointegrarse en base a sus propios elementos normativos y principios inspiradores.

En cuanto a las materias que el artículo 149.1.8 reserva «en todo caso» al Estado, figuran las «normas para resolver los conflictos de leyes», rúbrica que comprende tanto los problemas de Derecho internacional privado como los del Derecho interregional, que han de resolverse en base a las normas emanadas por el Estado. Cita al respecto la representación actora lo dispuesto en el apartado primero del artículo 16 del Código Civil, del que deriva la identidad de normas conflictuales para resolver los conflictos de leyes internacionales o interregionales, si bien en este último ámbito la ley personal no se determina a través del punto de conexión «nacionalidad», sino, lógicamente, a través de la «vecindad civil». Los apartados 1 y 2 del artículo 16 no han sufrido modificación en la redacción que les diera el Decreto 1836/1974, pues la Ley 11/1990, en parte aquí impugnada, reproduce exactamente aquella redacción, limitándose a introducir la novedad de un apartado 3 (cuyo inciso final del primer párrafo se impugna). En todo caso, se admite pacíficamente que la vecindad civil (técnicamente, el punto de conexión) se regule de modo exclusivo por el legislador estatal, pues de nada serviría utilizarla como criterio de solución del conflicto si la misma fuera susceptible de regulaciones diversas y posiblemente encontradas por parte de las distintas Comunidades Autónomas (se cita, junto a ello, el Derecho histórico aragonés, y en concreto el fuero *Actos curiae super filis Regnicolarum extra Regnum natis et super filis nom Regnicolarum intra Regnum natis* de 1641).

Ahora bien, una cosa es regular la vecindad civil determinando los medios o modos de adquisición, conservación y pérdida de la misma, y ello a través de ciertos puntos de conexión, y otra muy distinta es que, aunque sea en último término, se atribuya *opes legis* la vecindad de Derecho común, excluyendo la del Derecho civil foral.

c) La vecindad es así la circunstancia personal de quienes tienen nacionalidad española, del Derecho del Código Civil o de uno de los restantes Derechos civiles españoles. Se halla regulada en los artículos 14 y 15 del Código, el primero de los cuales se modificó por la Ley 11/1990 y el segundo por la Ley 18/1990 —en materia de nacionalidad— (su antecedente en la versión de 1889 era el artículo 15 del Código).

Pues bien, el legislador estatal ha abordado la reforma parcial de la regulación de la vecindad civil (art. 14) con la única finalidad de eliminar las normas discriminatorias por razón de sexo, ya que la redacción ahora denegada del artículo 144 establecía que «la mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, en defecto de éste, la de su madre». La nueva regulación introducida por la Ley 11/1990 sienta el

principio general de que «el matrimonio no altera la vecindad civil», conservando cada cónyuge su vecindad anterior al matrimonio. Ello implica que la vecindad civil de cada cónyuge durante el matrimonio puede ser distinta, debiéndose determinar tanto la vecindad de los hijos comunes como la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Según la regulación vigente, en principio la adquisición de la vecindad civil va ligada a la sangre, es decir, depende de la de los padres. Si sólo existe un padre legalmente conocido o, si pese a haberse determinado la filiación respecto de ambos progenitores, la determinación no ha sido simultánea, el único padre legalmente conocido o el primero que haya reconocido al hijo le transmite su vecindad civil. En el supuesto —más frecuente— de que la paternidad de ambos padres haya sido determinada simultáneamente, el hijo tendrá la vecindad civil de sus padres cuando éstos tengan la misma. Pero si, en este último caso, los padres tienen distinta vecindad civil, el factor decisivo se desplaza al lugar de nacimiento (*ius soli*) y, en último término, si en tal lugar no existe vecindad civil (por tratarse de un lugar extranjero), se acude a un criterio residual: se atribuye al hijo la vecindad que el Código llama «Derecho común». Este es el régimen dispuesto en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 13, según la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 11/1990. Al margen de otros aspectos, este recurso se centra en el inciso final del párrafo primero del artículo 14.3, en cuanto atribuye *ex lege*, de modo supletorio, la vecindad de Derecho común (denominación incorrecta —se observaba—, pues los Derechos civiles forales aparecen hoy, frente a concepciones superadas, como «Derecho común» en sus propios territorios)

Pues bien, la regla impugnada es claramente discriminatoria para las restantes vecindades civiles españolas y, por tanto, para los Derechos forales «allí donde existan»: la reforma del artículo 14 del Código Civil ha eliminado la discriminación por razón de sexo, pero ha introducido otras discriminaciones entre los Derechos civiles españoles, igualmente injustificadas y contrarias a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía con Derecho civil propio, al primar el denominado Derecho común

En la tramitación del proyecto de esta Ley en el Senado, la discriminación aducida ya fue denunciada mediante una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco. Se observa, a este respecto, que si el nacimiento hubiera sido fuera de España, habría que entender por «lugar del mismo» el de la última residencia habitual en España, común de los padres o, en su caso, del progenitor o adoptante; y si no hubiera existido esta residencia habitual en España o no se pudiera determinar el lugar de nacimiento, se habría de tener en cuenta —según la enmienda citada— «la vecindad civil correspondiente al territorio con que se mantengan los lazos más estrechos».

d) El recurso invoca, como fundamento de la impugnación, la existencia de un principio de igualdad y reciprocidad entre las distintas vecindades españolas y entre los distintos Derechos civiles, todos ellos con vocación de aplicación plena, en las mismas condiciones, sin que exista prevalencia de ninguno de ellos. No se discute la competencia estatal en materia de Derecho interregional y para dictar las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 149.1.8), pero esa competencia no es ilimitada ni arbitraria, sino que debe ejercitarse en el marco de los principios básicos estructurales del estado de las Autonomías (principios de unidad y de autonomía: arts. 2 y 137). Desde otra perspectiva, ha de indicarse que la Constitución no ha supuesto la derogación del principio de reciprocidad y de igualdad entre los Derechos civiles coexistentes en el territorio, sino que, por el contrario, los ha

constitucionalizado, alcanzando su máximo rango de garantía. Se cita, al respecto, el artículo 15 en la segunda edición del Código Civil y la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar, de 17 de marzo de 1973, cuya base 7.2 estableció que «la sujeción, tanto al Derecho civil común a uno especial o foral, se determinará por la vecindad civil, especificando las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de aquella, en régimen —se subraya en la demanda— de igualdad y sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor técnica sistemática». El Decreto de 31 de mayo de 1974, aprobatorio del texto articulado del Título Preliminar, afirmó a propósito de la vecindad civil «son tratados con recíproca equivalencia los diversos regímenes jurídicos coexistentes». Después de la Constitución, no cabe duda de la posición jurídica de igualdad de los distintos ordenamientos jurídicos, pues el Derecho civil español está formado por una pluralidad de subestructuras de ámbito territorial limitado, regida cada una por principios, a la vez interconexiónada con todas las demás, y un Derecho general español, vigente en todo el territorio nacional, contenido parte en el Código Civil, parte en otras leyes civiles; pero los distintos ordenamientos civiles funcionan bajo un principio de separación competencial, son independientes y autónomos entre sí. De otra parte, que no son de aplicación al supuesto que nos ocupa ni el principio de prevalencia ni el de prelación del Derecho estatal. En cuanto al principio, porque no se da el supuesto de hecho de existencia de normas que recaigan sobre un mismo objeto y territorio; en cuanto al segundo, porque tampoco existe el presupuesto de aplicación, ya que no hay un defecto de regulación por parte del Derecho autonómico.

Ejercitando su competencia para dictar normas conflictuales, el Estado ha aprobado una serie de criterios objetivos para resolver los conflictos utilizando diversos puntos de conexión, pero, en último término, abandona dicha técnica y efectúa, sin más, una discriminatoria indicación de la vecindad civil, decidiendo que sea la de Derecho común, con lo que infringe el principio de igualdad de los diversos ordenamientos jurídicos civiles. Se cita, en apoyo de la propia tesis, la ponencia sobre «vecindad civil» del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución (Zaragoza, 1981), así como la Ley 18/1990, de reforma del Código en materia de nacionalidad, cuyo Preámbulo se refirió a la supresión de «la preferencia injustificada hasta ahora otorgada a la vecindad civil común».

El principio de reciprocidad está expresamente recogido en el Derecho navarro y sería igualmente discriminatorio que sólo rigiera en esa Comunidad Autónoma (Ley II del Fuero Nuevo y art. 53 del Amejoramiento). Dicho principio es una exigencia constitucional derivada de la posición de plena y absoluta igualdad entre el Derecho civil del Estado y los Derechos civiles forales, por lo que rige, en general, respecto a todos los Derechos civiles coexistentes en España.

El artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón dispone que «las normas que integran el Derecho civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia». Por ello, la legislación civil que emane de la Comunidad Autónoma no será aplicable a quien ostente dicha vecindad, de modo que la regulación de ésta es factor determinante del número de personas sujetas a uno de los Derechos civiles coexistentes en España, por lo que resulta imprescindible que la regulación en cuestión se inspire en los principios de igualdad y reciprocidad entre todos los Derechos civiles españo-

les vigentes. Debe, pues, proscribirse el trato favorable que se ha dispensado a la vecindad de Derecho común, perjudicando a las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio

e) El otro precepto objeto del recurso es el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del artículo 16 del Código Civil, en la nueva redacción que le ha dado el citado artículo 2 de la Ley 11/1990. Dispone tal precepto que «los efectos del matrimonio se regularán por la Ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil». Los nuevos criterios del artículo 9 son razonables y no presentan dificultades de interpretación ni de falta de respeto a los Derechos civiles coexistentes en España; pero el artículo 16.3, al introducir un último criterio de cierre para solucionar todos los hipotéticos conflictos, contiene una injustificada discriminación en favor del Código Civil y en perjuicio de todos los demás Derechos civiles españoles. cuando los criterios del artículo 9 sean insuficientes, el legislador estatal ha decidido que la Ley aplicable será en todo caso el Código Civil, aunque esta Ley no fuera ni siquiera de las del conflicto. No se trata de la aplicación del Código Civil, en cuanto que es a la vez Derecho de Estado, respecto de los Derechos autonómicos (Derechos civiles forales) que no han desarrollado de manera completa sus potencialidades, sino de una materia de competencia exclusiva del Estado (conflicto de leyes) que dicta una norma conflictual que carece de punto de conexión en sentido técnico, optando por la aplicación del Código Civil, faltando al respeto de la coexistencia de Derechos civiles garantizada por la Constitución, coexistencia que debe entenderse en un plano de igualdad y que estando amparada por la Constitución no puede tolerar la preferencia o primacía de uno de los Derechos civiles españoles sobre los demás. La igualdad ha sido violada por la discriminación injustificada introducida por el artículo 16.3 del Código Civil. Concluye en cuanto a este extremo la representación actora remitiéndose a lo ya expuesto respecto a la impugnación del artículo 14.3

Fallo.—Se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

Fundamentos jurídicos. *Primero.*—Antes de dar inicio a la resolución del presente recurso es preciso identificar con claridad su objeto y determinar también cuáles sean las reglas constitucionales que han de ser medidas para nuestro enjuiciamiento:

a) La Diputación General de Aragón impugna los incisos finales de los artículos 14.3 y 16.3, párrafo primero, en ambos casos, del Código Civil, según la redacción dada a tales preceptos por el artículo 2 de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Conviene reproducir aquí, para una mejor inteligencia del alcance de la impugnación, el texto íntegro de los párrafos en que se insertan los incisos objeto del recurso.

El artículo 14 del Código, tras prescribir en sus números 1 y 2 que «la sujeción al Derecho civil, común o al especial o foral se determina por la vecindad civil» y que «tienen vecindad civil en territorio de Derecho común o en uno de los de Derecho especial o foral los nacidos de padres que tengan tal vecindad», dispone en el párrafo primero, en su número 3, lo siguiente.

«Si al nacer el hijo o al ser adoptado los padres tuvieran distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento, y en último término, la vecindad de Derecho común.»

Esta regla final —que atribuye, «en último término», la vecindad de Derecho común— es la primera de las impugnadas en el recurso.

De otra parte, el artículo 16.1 del Código dispone, en lo que ahora importa, que «los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas tendidas en el capítulo IV» («Normas de Derecho internacional privado»), con la particularidad, en primer lugar, de que «será Ley personal determinada para la vecindad civil». El número 3 de este artículo establece lo siguiente:

«Los efectos del matrimonio entre españoles se regirán por la Ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil».

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra Ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.»

El último inciso del transcrito párrafo primero (remisión, en defecto de los criterios ex art. 9, al Código Civil) es la segunda de las reglas impugnadas en el presente recurso.

Aunque es patente el distinto objeto de una y otra de las normas impugnadas (la primera reguladora, en una hipótesis concreta, de atribución de la vecindad civil, la segunda introductora de una regla de conflicto ante un supuesto de tráfico interregional), ambas coinciden en incorporar una referencia expresa y directa al «Derecho común» (art. 14.3) o al «Código Civil» (art. 16.3), remisiones, una y otra, que son tachadas por el recurrente —con una fundamentación básica unitaria— de inconstitucionales.

b) Se articula dicha fundamentación, como en los antecedentes se expuso, a partir de la invocación de diversas reglas constitucionales (o de partes enteras de la Constitución) y mediante la cita también de «principios» ordenadores de la relación entre Derechos civiles que —viene a decirse— estarían implícitos en la propia norma fundamental. Tales «principios serían —a decir del recurrente— los de «igualdad» y «reciprocidad» entre los diferentes ordenamientos civiles. Las reglas constitucionales también citadas junto a ellos son, de otra parte, los artículos 2 y 137, así como «todo el diseño jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas», con especial referencia —se precisa en el recurso— a lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Norma fundamental (articulación de competencias en orden a la «legislación civil»).

Segundo —Lo que así expone la demanda merece ahora alguna consideración. Tiene razón el Abogado del Estado al manifestar sus reservas ante la relativa indeterminación de la fundamentación aportada por el órgano actor, indeterminación patente tanto por la cita de títulos enteros de la Constitución (no de otro modo cabe entender la ya reseñada referencia a «todo el diseño jurídico constitucional de las Comunidades Autónomas») o de preceptos de amplísimo enunciado (arts. 2 y 137) como por la invocación de «principios» supuestamente implícitos en la Constitución (los de «igualdad» y «reciprocidad» entre Derechos civiles).

Toda pretensión de inconstitucionalidad ha de basar su fundamento normativo y más próximo en atención al objeto del recurso, lo que exige al demandante un esfuerzo de delimitación y precisión aquí no consumado ciertamente: ni la cita del Título VIII de la Constitución o de sus artículos 2 y 137 aporta suficiente claridad a estos efectos, ni la misma alcanza, desde luego, mediante la invocación de «principios» constitucionales implícitos que, según la deman-

da, ordenaría la relación entre los varios ordenamientos civiles coexistentes en España. Baste con advertir, en cuanto a este último alegato, que la transposición a las relaciones entre ordenamientos de categorías jurídicas asentadas en la protección de derechos e intereses de las personas (así ocurre con la noción de «igualdad») es siempre fuente, cuando menos, de confusión, y que la Constitución —su art. 149.1.8 específicamente— viene sólo a posibilitar una posición de paridad, si así quiere decirse, entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho civil general o común, por vía de la atribución en exclusiva del Estado de la competencia sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes», competencia que en principio asegura —como hemos dicho en la reciente STC 156/1993— «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» (fundamento jurídico 3.º). Tan sólo en estos términos, y con las reservas dichas y las salvedades que se harán, cabría hablar de paridad entre ordenamientos civiles, paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso.

Tercero. Las imprecisiones de la demanda no han de impedir, con todo, nuestro enjuiciamiento, pues el núcleo del fundamento impugnatorio puede identificarse y aclararse. Lo que el órgano actor viene a afirmar no es, en rigor, otra cosa sino que las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés» (art. 35.1.2.º de su Estatuto de Autonomía) han sido ilegítimamente constreñidas o menoscabadas en virtud del incorrecto ejercicio por las Cortes Generales, al adoptar los preceptos parcialmente impugnados, de una competencia que no se discute, corresponde en exclusiva al Estado: la de dictar «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 de la Constitución). Lo que se sostiene es, en suma, que las remisiones de los artículos 14.3 y 16.3 del Código Civil al «Derecho común» o al propio Código han venido a reducir, sin fundamento, el ámbito personal de aplicación de los «Derechos civiles, forales y especiales» garantizados por el mismo artículo 149.1.8, reducción que afectaría también, por tanto, al Derecho civil aragonés, impedido así de proyectarse sobre situaciones y relaciones jurídicas en las que pudiera haberse llegado a aplicar si las remisiones y conexiones del Código hubieran sido otras. Cualquiera que sea la razón jurídica de este alegato, es indiscutible que su posible fundamento constitucional no puede ser otro que el que habría de derivar del artículo 149.1.8 de la Constitución, en tanto el mismo preserva la foralidad civil a través de la autonomía política (SSTC 88/1993, fundamento jurídico 1.º, y 156/1993, fundamento jurídico 1.º), esto es, en tanto tal precepto permite que los Estatutos de Autonomía atribuyan a las respectivas Comunidades Autónomas competencia para la «conservación, modificación y desarrollo... de los Derechos civiles, forales y la estatutaria antes citada se presentan, así como fundamento más específico y directo de la pretensión actora, y constituyen, pues, los preceptos con arreglo a los cuales ha de ser resuelto este proceso

Cuarto. Hemos de partir aquí, al igual que en la ya citada STC 156/1993, de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 de la Constitución), competencia expresamente reconocida, por lo demás, en la demanda que ha dado inicio a este recurso. Como en aquella sentencia dejamos dicho, la Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional (fundamento

jurídico 3.º), de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16 1.1.º del Código) y disponer también cuál sea la Ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que se intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la Constitución ciertamente pauta o criterio positivo alguno. No es menos evidente, sin embargo, que la legislación estatal en este ámbito no podrá dar lugar a constricciones o manipulaciones arbitrarias de los respectivos ámbitos de aplicación de aquellos ordenamientos ni provocar, en concreto, un desplazamiento infundado de los Derechos civiles especiales o forales en favor del Derecho civil general o común por vía de la alteración de las reglas generales del sistema de Derecho interregional. No cuesta admitir que si tal cosa se hiciera se vendría a menoscabar de modo indirecto la competencia autonómica sobre el respectivo Ordenamiento civil y a contrariar por lo mismo la regla contenida en el artículo 149.1.8 de la Constitución. Las Cortes Generales han de establecer, sólo ellas, las normas de Derecho civil interregional, pero no es ésta una labor libre de todo vínculo o límite constitucional, por lo mismo que a través de ella se define cuál sea la proyección propia de cada Ordenamiento civil y en última instancia un elemento de capital importancia para la efectiva realización de las competencias autonómicas en este campo.

El primero y más importante de estos límites es consustancial, por así decir, a la identidad misma de todo sistema de resolución de conflictos de leyes que no parta —como no parte el nuestro— de la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión: los puntos de conexión para determinar la sujeción personal a un Derecho u otro (la vecindad, en nuestro caso) han de fijarse, en principio y en tanto sea posible según circunstancias abstractas o neutras; y lo mismo cabe exigir, con igual salvedad, respecto a los criterios utilizados por las normas de conflicto del artículo 16 del Código Civil. Se preserva de este modo, en palabras ya citadas de la STC 156/1993, «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» que coexisten en España (fundamento jurídico 3.º). Es razonable que un sistema de Derecho interregional no se base exclusivamente, sin embargo, en remisiones y conexiones abstractas y neutras, pues no es en modo alguno descartable que tales técnicas —aseguradoras de una aplicación indistinta de todos los ordenamientos civiles— no ofrezcan, en determinados supuestos, la solución clara y cierta que demanda, inexcusablemente, la seguridad del tráfico, hipótesis en la cual puede y debe el legislador (el legislador estatal, entre nosotros) designar directamente cuál sea la específica vecindad civil que corresponde al sujeto y cuál también el concreto Derecho aplicable en caso de conflicto. Una solución de este género no merece, en sí misma, tacha alguna de inconstitucionalidad siempre que la misma se articule, claro está, como cláusula final o «de cierre», esto es, siempre que la norma estatal remita al Ordenamiento civil común o atribuya la vecindad también común, luego de haber establecido tanto en una hipótesis como en otra conexiones y

criterios abstractos y en previsión, por lo tanto, de que los mismos no aporten la solución segura aquí exigible. El legislador debe intentar apurar hasta donde no padezca la seguridad jurídica la técnica de las remisiones y conexiones abstractas y neutrales y el equilibrio entre una y otra exigencia —la de la propia seguridad y la de la aplicación indistinta de unos Derechos y otros— se ha de alcanzar, ante todo, mediante la ponderación que debe hacer precisamente la Ley: a este Tribunal no le corresponde, en otras palabras, sustituir con su criterio el que haya mostrado el autor de la Ley al resolver la tensión, sino sólo apreciar —cuando así se le demande— si la solución fijada en la norma resulta arbitraria o manifiestamente infundada, lo que no ocurre en el presente caso. No argumentará en contra de la regla impugnada si no ha lugar a tal reproche la simple objeción de que resultan aún concebibles otros criterios y conexiones formales antes de acudir a la «cláusula de cierre», pues ni corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes [«el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa»: STC 109/1987, fundamento jurídico 3.ºc)], ni puede aceptarse que la Constitución imponga en este extremo, suprimiendo por entero la libertad de configuración del legislador, una solución única y exclusiva.

A partir de cuanto queda dicho debemos ya examinar la constitucionalidad de los dos preceptos impugnados, examen que a la vista de la común fundamentación opuesta frente a ambos cabe realizar conjuntamente.

Quinto.—Ninguna de las partes ha dejado de advertir, no obstante sus contrarias posiciones, el preciso sentido de las modificaciones introducidas por la Ley 11/1990 en los artículos 14 y 16 del Código Civil. Procuró dicha Ley, como proclama su título, suprimir la desigualdad por razón de sexo que resultaba de la anterior redacción del primero de aquellos preceptos, y en concreto la atribución a la mujer casada de la vecindad civil de su marido: «La mujer casada —decía el art. 14.4— seguirá condición jurídica del marido». El precepto dispone ahora, en lo que aquí interesa, que «el matrimonio no altera la vecindad civil».

La remoción legal de aquella discriminación hizo nacer, sin embargo, dos problemas resueltos precisamente por las reglas en las que se insertan los incisos impugnados. El primero de dichos problemas era el de la determinación de la vecindad civil del hijo de padres que la tengan distinta, supuesto en el cual resulta inaplicable la regla general del artículo 14.2 de conformidad con la cual «tiene vecindad civil en territorio de derecho común o en uno de los de Derecho especial o foral los nacidos de padres que tengan tal vecindad». El artículo dispone ante tal hipótesis dos remisiones abstractas —en el sentido expuesto en el fundamento anterior— y una regla residual o «de cierre», se atribuye al hijo la vecindad del progenitor cuya paternidad se determinó antes, en defecto de este criterio, la correspondiente al lugar de nacimiento, y sólo en último término «la vecindad de Derecho común», remisión esta última que es la impugnada por la Diputación General de Aragón. En cuanto a los efectos del matrimonio entre españoles de distinta vecindad civil —tal es el segundo de los problemas que derivan de esta igualdad entre sexos—, el artículo 16.3 remite a «la Ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9» y, «en su defecto», al Código Civil. Al margen, pues, la hipótesis de que ambos cónyuges tuvieran la misma Ley personal al tiempo de contraer matrimonio, los criterios aquí sucesivamente aplicables antes de que llegue a entrar en juego el llamamiento al Código Civil son los siguientes: 1) la Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos

en documento otorgado antes de la celebración del matrimonio, y 2) a falta de tal elección, la Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración (art. 9 2, párrafo primero). Resulta, pues —como bien advierte el Abogado del Estado— que la remisión final al Código Civil sólo será operativa en la hipótesis de que fallando la elección de los cónyuges en favor de la vecindad de cualquiera de ellos, el matrimonio se haya celebrado fuera de España y cuando los cónyuges, además, tengan su residencia habitual también en el extranjero. Estima el órgano actor, con todo, que también esta última cláusula «de cierre» es contraria a la Constitución.

El Tribunal no puede compartir los reproches que el recurso formula contra los incisos impugnados. No se trata tanto —con no ser criterio desdeñable— de que estas determinaciones legales afecten, como destaca el Abogado del Estado, a supuestos que han de ser de verificación escasa, según criterios de experiencia y de común razón. Para descartar la tacha de inconstitucionalidad expuesta en la demanda basta con apreciar que el legislador estatal no ha incurrido, al dictar los incisos finales de los artículos 14 3 y 16.3, en una manipulación o tergiversación arbitraria —a fin de extender un Derecho a costa de otros— de los criterios para la atribución de la vecindad civil, en el primero de tales preceptos, y para la resolución, en el segundo, del supuesto de tráfico interregional allí previsto, sin que tampoco estemos ante una designación inmediata e inflexible —sino, en último grado, «residual»— de la vecindad y del Derecho civil comunes. Que no existe de arbitrariedad es cosa bien patente si se repara que el legislador, en el primer caso, ha previsto que la vecindad civil así determinada pueda ser ulteriormente alterada por voluntad de los padres o del propio hijo (párrafos segundo y tercero del mismo art. 14 3), y si se advierte también que el artículo 16.3 ha establecido la cautela o garantía, en su segundo párrafo, de que caso de entrar en juego el llamamiento al Código Civil «se aplicará el régimen de separación de bienes» del propio Código «si conforme a una y otra Ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación». Uno y otro llamamiento al Código Civil o a la vecindad de Derecho común se presentan, de otra parte, como cláusulas «de cierre», esto es, tan sólo para el supuesto de que las remisiones y conexiones que la Ley dispone no lleven a una clara atribución de la vecindad civil o a una determinación también precisa del Ordenamiento —cualquiera de los que coexisten en España— que deba regular los efectos del matrimonio. No cabe reprochar al legislador, en otras palabras, el Reglamento, directo o indirecto, de toda posible solución formal y abstracta de las hipótesis reguladas por los artículos 14 3 y 16 3.

Son acaso concebibles otras posibles formulaciones de los preceptos parcialmente impugnados y, en concreto —como el recurso arguye—, criterios adicionales y todavía previos antes de concluir en la atribución de la vecindad del Derecho común o de remitir la regulación de los efectos del matrimonio a lo dispuesto en el Código Civil. Pero el que así sea nada argumenta, como ya apuntamos, en contra de la constitucionalidad de estas reglas. El ámbito de aplicación personal de los distintos ordenamientos civiles es, con las limitaciones dichas, de definición legislativa, sin que sea discernible predeterminación alguna en este punto ni a partir del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España ni en virtud de la norma que identifica la razón de ser de dicha autonomía, por lo que aquí importa, en la gestión de los propios «intereses» de las Comunidades Autónomas (arts. 2 y 137 de la Constitución). Siendo esto así, es preciso recordar que el control jurisdiccional

de la Ley nada tiene que ver con su depuración técnica ni puede dar lugar tampoco a la constricción absoluta en supuestos como el presente del ámbito de libre configuración del legislador. Le corresponde a éste —a las Cortes Generales aquí— la ponderación de la doble exigencia, antes expuesta, de garantizar una aplicación indistinta de los varios ordenamientos civiles coexistentes y de preservar también la certeza en el tráfico privado interregional mediante el recurso cuando así se estime preciso a cláusulas «de cierre» como las impugnadas en este recurso. Una ponderación de ese género es la que reflejan —cualquiera que sea su acierto técnico— las reglas impugnadas, y basta con constatarlo así para rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia de 8 de julio de 1993 recaída en el recurso de inconstitucionalidad 148/91.

Primero.—En la sentencia de la que parcialmente discrepo se admite la existencia de ciertos límites constitucionales respecto a la exclusiva competencia del legislador estatal para adoptar las «normas para resolver los conflictos de leyes» según el artículo 149.1.8 CE. Comparto este planteamiento, al igual que la identificación del límite relativo a la «aplicación de los diversos ordenamientos civiles coexistentes en el territorio español» o, más precisamente, a la determinación de un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles», según los términos de la STC 156/1993. No obstante, dos precisiones me parecen necesarias:

a) El artículo 149.1.8 CE atribuye al legislador estatal una especial posición jurídica, pues no sólo está facultado para establecer la legislación civil—sin perjuicio, claro está, de la competencia de aquellas Comunidades Autónomas donde existan «Derechos civiles forales o especiales» para la conservación, modificación y desarrollo de estos ordenamientos—, sino también para adoptar las «normas para resolver los conflictos de leyes» entre los ordenamientos civiles coexistentes en España. Labor esta última que ha de llevar a cabo, como se dice en la sentencia, partiendo de un presupuesto general derivado del mencionado precepto constitucional; que no existe «una preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que puedan entrar en colisión»; por lo que debe asegurar «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» (STC 156/1993). Lo determinante, pues, es la posición de paridad de los ordenamientos civiles coexistentes en España, y consiguientemente ha de entenderse que este límite sólo opera respecto a la llamada dimensión interna del sistema español de Derecho internacional privado o, si se quiere, respecto a las normas para resolver los «conflictos internos», y no en la dimensión externa del sistema relativa a los conflictos de leyes con otros ordenamientos extranjeros.

b) Aunque las disposiciones legales no constituyan canon de constitucionalidad, sí pueden servir para corroborar la interpretación de los preceptos de la Constitución. Por ello, a mi parecer, hubiera sido conveniente poner de relieve que desde 1889 hasta la fecha el legislador estatal, al dictar las normas para resolver los conflictos entre ordenamientos civiles coexistentes en España, ha excluido la preeminencia del llamado «Derecho civil común». Así se desprende, en efecto, de la referencia a la «recíproca aplicación» de lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil tras la reforma de 1889; también de la hecha al «régimen de igualdad» en materia de vecindad civil en la Base 7.2

de la Ley de Bases para la modificación del Código Civil de 17 de marzo de 1973 y de la contenida en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título preliminar del Código Civil al aludirse a que, con base en la vecindad civil, «son tratados con recíproca equivalencia los diversos regímenes jurídicos coexistentes» en España. Y es igualmente significativo que el legislador post-constitucional en el Preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad —esto es, pocos meses antes de dictar la Ley 11/1990, de 15 de octubre, impugnada por la Diputación General de Aragón—, al modificar el artículo 15 de dicho cuerpo legal haya expresado que con dicha modificación se tiene en cuenta, en la medida de lo posible, la voluntad del interesado al adquirir la nacionalidad española, «suprimiéndose la preferencia injustificada hasta ahora otorgada a la vecindad civil común».

Segundo.—Mi discrepancia con la sentencia versa sobre la existencia de un segundo límite constitucional para el legislador estatal. el de «preservar la certeza en el tráfico privado interregional» (fundamento jurídico 5.º), al que se hace prevalecer sobre el primero. De manera que en última instancia la exigencia de un «igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» que coexisten en España, directamente derivada del artículo 149.1.8 CE, queda sacrificada en beneficio de la seguridad jurídica. Al respecto, es de observar lo siguiente:

a) Como se desprende claramente de los términos del artículo 9.3 CE, la garantía de seguridad jurídica —como suma de otros principios también consagrados en este precepto, según se dijo en la STC 27/1981, fundamento jurídico 10— se proyecta con un alcance general dentro del Ordenamiento español y consiguientemente es exigible respecto a las normas de cualquier sector de nuestro Ordenamiento, incluido el Derecho internacional privado y, dentro del mismo, al Derecho interregional. De este modo, resulta difícil aceptar que sin ulterior razonamiento —que la sentencia de la que discrepo ciertamente no ofrece— pueda constituir al mismo tiempo un límite específico para el legislador estatal derivado del artículo 149.1.8 CE.

b) Sentado lo anterior, no cabe olvidar que si el legislador estatal ha recurrido a la técnica de las normas de conflicto multilaterales para regular los «conflictos internos» entre ordenamientos civiles coexistentes en España, como se desprende del artículo 16.1 del Código Civil, este dato no es irrelevante en el presente caso, desde un punto de vista constitucional, a los fines de lo establecido en el artículo 149.1.8 CE. En efecto, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que es la única técnica de regulación de los conflictos de leyes que es susceptible de garantizar, mediante la utilización de puntos de conexión abstractos o «neutrales» en las normas de conflicto (o en la definición de las propias conexiones) un igual ámbito de aplicación de los ordenamientos civiles vigentes en nuestro territorio. En segundo término, desde el planteamiento del problema en la obra de F. C. DE SAVIGNY hasta nuestros días, se admite por la doctrina que la técnica de remisión a un Ordenamiento, propia de la norma de conflicto multilateral, se basa en la idea de «localización» de los supuestos de tráfico jurídico externo en aquel sistema jurídico que presenta una mayor proximidad con dicho supuesto, atendida su naturaleza o —en la doctrina más reciente— las circunstancias del mismo. Por consiguiente, aun-que al legislador estatal le corresponda apreciar dentro de su libre ámbito de

configuración legal cuál es el criterio o criterios decisivos para «localizar» un supuesto de tráfico externo y consiguientemente determinar en la norma de conflicto el ordenamiento que ha de regirlo, lo que sí le está vedado, por ser manifiestamente arbitrario, es que se aparte de la idea de localización, propia de esta técnica de regulación, y en su lugar establezca una norma de conflicto que expresa la preferencia por el propio Ordenamiento.

c) Que esta solución de injustificada preferencia del propio Derecho únicamente se establezca para supuestos de tráfico externo excepcionales o poco frecuentes y que opere sólo como «cláusula de cierre», en defecto de otras soluciones establecidas en una norma de conflicto multilateral (caso del inciso impugnado del art. 16.3 CC) o para determinar la vecindad civil como punto de conexión (caso del inciso impugnado del art. 14.3 del mismo Código) en nada afecta a la anterior conclusión. Ni cabe justificarla mediante la simple afirmación de que la búsqueda de otras soluciones por parte del legislador estatal podía entrañar un menoscabo de la seguridad jurídica. Tal afirmación, en principio, está carente de cualquier justificación, como hubiera sido necesario; y con independencia de acierto o desacierto de las soluciones propuestas en el curso del debate parlamentario —si bien no es ocioso señalar que algunas de estas soluciones hoy forman parte de nuestro sistema de Derecho internacional privado y, por tanto, cabe presumir que en nada afectan a la seguridad jurídica—, lo cierto es que otras soluciones eran posibles y, en todo caso, correspondía al legislador estatal el buscar las más apropiadas para que quedase garantizada la exigencia contenida en el artículo 149.1.8 CE de un igual ámbito de aplicación de los diferentes ordenamientos civiles coexistentes en España. Lo que me lleva a estimar que el legislador estatal no ha tenido en cuenta este límite constitucional y, consiguientemente, que era obligado declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, impugnados por la Diputación General de Aragón, suprimiendo así una injustificada preferencia en favor de la vecindad común y el llamado Derecho civil común, al igual que el propio legislador estatal hizo respecto a la primera en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, como antes se ha dicho

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

SOCIEDAD CIVIL DE CARACTER PARTICULAR —LA DENOMINACION COMO CIVIL INTRODUCE UN ELEMENTO DE CONFUSION QUE ES SUFICIENTE PARA DENEGAR LA INSCRIPCION. (RESOLUCIÓN DE 25 DE ABRIL DE 1991. BOE DE 4 DE JULIO.)

Hechos.—I. El día 18 de julio de 1990, ante el Notario de Barcelona don Angel Martínez Sarrión, se otorgó escritura de constitución de la entidad «Fons Club Sociedad Civil» En las cláusulas de dicha escritura se establece: «Cláusula Primera Constitución. Es voluntad de los señores comparecientes constituir una sociedad civil de carácter particular y que se denominará "Fons Club, Sociedad Civil". Cláusula Segunda Régimen Jurídico. Se regirá por las disposiciones del Código Civil, cualquiera otra norma que le sea aplicable y por sus Estatutos mecanografiados en seis hojas de 8.ª OQ 5.336 280 y cinco siguientes correlativos ascendentes, que me entregan, aprueban, firman y se incorporan » En los Estatutos se dice: «Artículo 3.º: Objeto. El objeto social consiste en la obtención de ganancias mediante operaciones de giro y otras actividades lucrativas, siempre que sean lícitas, permitidas y no reservadas por las leyes. Artículo 9.º: Responsabilidad La responsabilidad de la sociedad y la de sus socios está limitada en el capital social. Artículo 10: Intransferibilidad. Las participaciones sociales son intransferibles, sin perjuicio del inalienable derecho de separación de la sociedad que asiste al socio y del de liquidación que corresponde a sus herederos caso de fallecimiento. Artículo 21: Operativa externa. Para el cumplimiento de sus fines, la sociedad podrá. a) Promover estudios económicos recabando información de dicha índole, que pondrá sistemáticamente a la disposición de sus socios; b) Realizar directamente operaciones por cuenta propia; c) Crear empresas para posterior cesión a terceros; d) Interesarse en empresas ajenas y en actividades económicas, asociativas o colectivas, con carácter transitorio o permanente; e) Instrumentar, para negocios específicos, cuentas participativas actuando de socio gestor con admisión de partícipes, fueren éstos o no socios de la sociedad; f) Mediar e intervenir entre terceros; g) Actuar de árbitro en los conflictos que se le sometan; h) Detentar representaciones, ejecutar mandatos y comisiones; i) Desempeñar fiducias y otros encargos de confianza; j) Gestionar y administrar patrimonios, propios y ajenos; k) Garantizar obligaciones de terceros; l)

Intervenir en la cesión de activos y de pasivos; *m*) Intervenir de forma permanente o transitoria en terrenos y edificios urbanos o rústicos e intervenir en cualquier otra forma de operación inmobiliaria; *n*) Tomar en gestión de promoción o venta, bienes de naturaleza inmobiliaria; *ñ*) Comprar y vender acciones, obligaciones y cualesquiera otros títulos mobiliarios, coticen o no en el mercado de valores, *o*) Y, en general, practicar cualesquiera otros actos de la vida económica o mercantil que sean lícitos y libremente permitidos por las leyes y que por éstas no estuvieren especialmente reservados; dicha enunciación debe entenderse con carácter ilustrativo y no limitativo.»

II Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede a las 10 horas 15 minutos del día 3 de julio de 1990, según el asiento 81 del Diario 512. Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de no ser inscribibles en el Registro Mercantil las sociedades civiles (art. 81 del Reglamento del Registro Mercantil). Barcelona, 10 de julio de 1990. El Registrador Firma ilegible.»

III. Don José Morell Miró, como administrador y en representación de «Fons Club, Sociedad Civil», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que sobre el contenido del artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, con carácter previo hay que poner de relieve que, según se expresa en la Exposición de Motivos del vigente Reglamento del Registro Mercantil, apartado I, la actual reforma ha aumentado el número de los sujetos inscribibles; en efecto, se ha regulado el acceso de entidades como Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, Agrupaciones de Interés Económico y otros sujetos que anteriormente no podían acceder al Registro Mercantil. Ya al amparo del precedente Reglamento se venían produciendo con total regularidad la inscripción de entidades que son sociedades civiles. El artículo 81 citado solamente establece los sujetos y actos de inscripción obligatoria, no contiene una relación exhaustiva de los sujetos que pueden acceder al Registro, sino tan sólo los que deben acceder por obligación legal. Existen otras personas y entidades que aun siendo omitidas en el citado precepto son sujetos de inscripción voluntaria, bastando citar el empresario individual, e igual consideración debe merecer el supuesto de sociedad civil. La concepción del Registro Mercantil con carácter amplio no sólo se desprende de la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil vigente, sino también del artículo 2.º del mismo y de su capítulo III, título II, de cuyo nombre se deduce una redacción abierta sin distinción de tipo de sociedades. Que en cuanto al carácter mercantil de «Fons Club, Sociedad Civil», hay que añadir que dicha sociedad tiene un objeto claramente comercial y lucrativo, como es de ver en el artículo 3.º de los Estatutos sociales y su inscribibilidad se fundamenta en el artículo 2.a) del Reglamento del Registro Mercantil. La constitución de la sociedad se ha realizado mediante escritura pública otorgada ante Notario, con aportaciones de capital por parte de sus socios y regulación de las actividades sociales típicamente mercantiles. Por tanto, se considera que al ser su objeto social mercantil, procede su inscripción, que no sólo es útil a los comerciantes, sino también al interés general dadas las condiciones de publicidad y protección a terceros que posee el Registro Mercantil.

IV. El Registrador acordó mantener íntegramente la calificación e informó 1.º Que existen poderosas razones que hacen aconsejable la inscripción en el Registro Mercantil de todas las sociedades mercantiles; así el artículo 81, apartado 1, del nuevo Reglamento del Registro Mercantil establece en su letra

b) la obligatoria inscripción de las sociedades mercantiles sin distinción de clase o tipo, y por el mismo motivo quedan fuera del Registro las sociedades civiles por su objeto que adopten la forma de sociedad regular colectiva o comanditaria (art. 1.670 del Código Civil) Distinto es el problema de aquellas sociedades que siendo mercantiles adopten «la forma civil», pareciendo que la Dirección General de los Registros y del Notariado se inclina por su inscripción en la Resolución de 28 de junio de 1985 2.º Que no es éste el caso de la sociedad que nos ocupa, puesto que del artículo 3.º de sus Estatutos no resulta que el objeto social merezca la consideración de mercantil, sino que es común a todo tipo de sociedades (art. 1.665 del Código Civil), y como establece reiterada jurisprudencia (Sentencias de 15 de noviembre de 1940, 14 de febrero de 1945, 6 de marzo de 1954, 29 de noviembre de 1958, 6 de abril de 1961, 26 de enero de 1967, 22 de diciembre de 1976 y 21 de junio de 1983) el criterio distintivo entre sociedades civiles y mercantiles personalistas radican en la índole de las operaciones a que se dediquen; y 3.º Que aun en el caso de que pudiera entenderse que estamos ante una sociedad mercantil, el Registrador ha de velar por la pureza de la configuración del tipo social escogido. En la sociedad objeto de este recurso se confunden esquemas organizativos propios de las entidades societarias de tipo personalista y capitalista; así: a) En cuanto a la denominación, se adopta una objetiva, a diferencia de lo preceptuado en los artículos 126 y 146 del Código de Comercio y 178 del Reglamento del Registro Mercantil; por otra parte, la limitación de responsabilidad que se pretende en el artículo 9 de los Estatutos no se refleja en la denominación social, y, por último, no se acompaña certificación negativa del Registro Mercantil Central (art. 378 del Reglamento del Registro Mercantil); b) En lo referente al capital, los Estatutos hablan reiteradamente de una cifra de capital que es objeto de aumento y reducción, siendo el concepto y mecanismo del capital, como cifra de retención y solvencia, atributo exclusivo de las sociedades capitalistas; en la sociedad regular colectiva ni la comanditaria tienen capital social y sí una cifra de patrimonio; c) En lo concerniente a la responsabilidad, es evidente que la limitación de responsabilidad pretendida en el artículo 9 de los Estatutos se quiera hacer efectiva frente a terceros merced a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y en virtud del principio de oponibilidad. Ello no es posible como resulta de la Resolución de 21 de junio de 1990, y d) En cuanto a la estructura organizativa, se confunden peligrosamente principios rectores de las sociedades de tipo personalista con otros propios de las sociedades capitalistas; y tanto en la regulación de los órganos deliberantes como en la de los órganos de Administración, los Estatutos de «Fons Club, Sociedad Civil», tienden a reproducir normas propias de sociedades de responsabilidad limitada.

V. El recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. Que el señor Registrador no se manifiesta de manera clara acerca de la inscripción de las sociedades mercantiles que adopten forma civil Que el recurrente no ha sabido interpretar si la confusión de elementos personalistas y capitalistas a que hace referencia el Registrador es o no tratada por éste como un defecto y si son defectos insubsanables. Que en cuanto a los supuestos defectos de la escritura de constitución de «Fons Club, Sociedad Civil», que según el acuerdo del Registrador suspenden su inscripción en el Registro Mercantil, hay que señalar: a) Que es innegable el carácter mercantil de dicha sociedad dado que su objeto es mercantil, según se desprende de los artículos 3.º y 21 de sus Estatutos Sociales;

b) Que no puede ser considerado un defecto el hecho de que en los Estatutos en dicha entidad se contengan esquemas organizativos propios de entidades societarias de tipo personalista y capitalista, puesto que dicha sociedad no ha sido creada conforme al tipo legal de una sociedad regular colectiva ni comanditaria, ni de responsabilidad limitada, ni anónima, ha sido constituida en aras de la autonomía de voluntad de los socios fundadores, con la forma de sociedad civil, con objeto mercantil y, consecuentemente, los pactos contenidos en sus Estatutos, en tanto no sean contrarios a las leyes, moral u orden público son lícitos y no pueden impedir el acceso al Registro Mercantil de la referida entidad (arts. 117 del Código de Comercio y 1.255 a 1.667 del Código Civil); c) Que con respecto a la objetividad de la denominación, no existe en nuestra legislación ningún precepto de carácter imperativo que establezca la objetividad de la denominación social de las sociedades civiles. Al tratarse de una sociedad civil no se infringen ni los artículos 126 y 146 del Código de Comercio, ni tampoco el 178 del Reglamento del Registro Mercantil; d) Que el Registro Mercantil Central no expide certificaciones de la denominación social con referencia a las sociedades civiles, y e) Que, por último, en cuanto a lo estipulado en el artículo 9 de la Sociedad «Fons Club», que no existe ningún precepto que prohíba establecer la limitación de responsabilidad frente a terceros en una sociedad de forma civil, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y en abono de dicha tesis cabe citar el artículo 1.698 del Código Civil.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 1.670 del Código Civil, 2, 5, 117 y 124 del Código de Comercio, y la Resolución de 28 de junio de 1985.

Primero.—En el presente recurso se debate en torno a la inscripción en el Registro Mercantil de determinada sociedad denominada «Fons Club, Sociedad Civil», a la que los otorgantes califican de sociedad civil y disponen que su regulación quedará establecida por los Estatutos pactados y en lo no previsto en ellos por los preceptos del título VII, Libro IV, del Código Civil y que tiene por objeto social «la obtención de ganancias mediante operaciones de giro y otras actividades lucrativas siempre que sean lícitas, permitidas y no reservadas por las leyes». En los Estatutos se contiene, además, una enunciación —que se califica expresamente de ilustrativa y no limitativa— de las actividades que podrá realizar para la consecución de sus fines, que después de incluir actos de naturaleza muy dispar, finaliza con una fórmula abierta del siguiente tenor: «y, en general, cualesquiera otros actos de la vida económica o mercantil que sean lícitos y libremente permitidos por las leyes y que por éstas no estuvieran especialmente reservados».

El Registrador deniega la inscripción por el defecto insubsanable de no ser inscribibles en el Registro Mercantil las sociedades civiles.

Segundo.—Teniendo en cuenta el título calificado, no se trata ahora de enjuiciar si es o no inscribible una sociedad civil por su objeto, que adopta forma mercantil, sino si es inscribible una sociedad que es mercantil por su objeto —carácter que invoca en su recurso el mismo recurrente— y que, el título presentado conceptúa, no obstante, como sociedad civil. Evidentemente, esta concepción está equivocada y por sí la denominación como «civil» introduce un elemento de confusión que es suficiente para denegar la inscripción. Con la denominación de «civil», sin duda, se pretende eludir la aplicación de las reglas mercantiles sobre las sociedades. Pero la naturaleza de los negocios y la consiguiente aplicación de las normas apropiadas no depende de

la denominación que le dan los sujetos y si es objeto de la sociedad realizar actos de comercio, el contrato de constitución es en sí acto de comercio y la sociedad constituida está sujeta a las prescripciones mercantiles, como resulta de los artículos 2 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1.670 del Código Civil.

Tercero.—No es oportuno ahora decidir si corregida la equivocada denominación, que tan sustancialmente importa para el régimen jurídico aplicable, la sociedad mercantil en cuestión cumple con las exigencias del Ordenamiento para las sociedades mercantiles en que los socios no respondan personalmente de las deudas sociales en cuanto a naturaleza, denominación, objeto social, régimen de capital social, transmisibilidad de las participaciones sociales, etc., porque ahora, al resolver el recurso sólo puede entrarse en la cuestión que ha sido objeto de calificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Comentario.—La historia de las relaciones entre la sociedad civil y el Registro Mercantil no puede entenderse sin aclarar o delimitar algunos conceptos previos. Hay que empezar por separar las nociones de sociedad civil y de sociedad mercantil, para lo cual tenemos que servirnos de los criterios que barajan, con aparente contradicción, los Códigos Civil y de Comercio. Una vez hecha esta distinción, hay que resolver el problema de la admisibilidad de las sociedades mixtas, que conjugan elementos provenientes de los sectores civil y mercantil, y estudiar su posible cabida en el Registro Mercantil.

La distinción de los conceptos de sociedad civil y de sociedad mercantil no es tarea fácil ni pacífica, y prueba de ello es la perseverancia con que la doctrina ha tropezado en la interpretación de los artículos 1.670 del Código Civil y 116 del Código de Comercio. El punto de partida común a estos meritorios esfuerzos estribaba en la necesidad de resolver la antinomia radical entre ambas normas y entre los artículos 116 y 119 del Código de Comercio. Sin embargo, la decisiva aportación de Paz-Ares en su comentario a los artículos 1.665-1 708 del Código Civil ha servido para demostrar que no hay tal contradicción, sino que todos los preceptos enjuiciados forman parte de un sistema normativo unitario. Siguiendo la exposición del citado autor, distinguiremos las siguientes etapas:

1 El Código de Comercio señala en su artículo 116 que «el contrato de compañía será mercantil siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código». Una larga tradición ha considerado que el Código de Comercio sigue un criterio formal, conforme a cual son mercantiles las sociedades constituidas en escritura pública que se haya inscrito en el Registro Mercantil.

Sin embargo, señala PAZ-ARES, esta interpretación es contraria al artículo 119 del Código de Comercio, según el cual deben inscribirse en el Registro las compañías de comercio, lo que confirma que la mercantilidad de las sociedades no depende de su inscripción, sino que es la inscripción la que depende de la naturaleza mercantil de aquéllas.

El criterio de distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil es el de su dedicación al comercio (como lo prueba el art. 122 del Código de Comercio), por lo que puede afirmarse que son mercantiles las sociedades que tienen por objeto una actividad mercantil o industrial.

En conclusión, son sociedades objetiva y subjetivamente mercantiles las

sociedades constituidas con arreglo a un tipo mercantil, para lo cual es requisito indispensable que ejerciten el comercio. El sistema liga la mercantilidad del tipo y la del sujeto, de tal manera que no caben sociedades mercantiles que no sean comerciantes, ni comerciantes colectivos que no sean sociedades mercantiles.

2. La publicación del Código Civil y la inserción en él del artículo 1.670 —uno de los preceptos peor tratados e interpretados por la doctrina— supone un notable avance en la construcción de nuestro Derecho de sociedades. Este artículo, lejos de contradecir lo dispuesto en el Código de Comercio, representa una mejora de la disciplina mercantil al poner al servicio de actividades no comerciales formas y estructuras más complejas y depuradas técnicamente.

El Código Civil rompe la conexión que antes destacábamos entre la mercantilidad del tipo y la del sujeto, abriendo los tipos mercantiles a la materia civil. Ello determina que las sociedades que adopten un tipo mercantil para el ejercicio de una actividad civil serán sociedades objetivamente mercantiles y subjetivamente civiles: Objetivamente mercantiles porque estarán sometidas al Código de Comercio en lo referente a la regulación del tipo elegido, y subjetivamente civiles porque no se convertirán en comerciantes sujetos al estatuto de éstos.

A esta construcción respondían el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, que proclamaba la inscripción de las compañías civiles que se constituyeran con arreglo a lo prevenido en el Código de Comercio, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1935, que declaró obligatoria la inscripción de una sociedad dedicada a una actividad de índole civil, pero que adoptaba la forma de sociedad anónima. Por cierto, que esta doctrina jurisprudencial —y el precepto que la sustenta— son censurados por PAZ-ARES, quien entiende que en el Registro sólo pueden inscribirse las sociedades mercantiles propiamente dichas y no las que desempeñan actividades civiles.

3. La tercera fase de la evolución del problema se produce al publicarse la legislación especial sobre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, que vuelve a establecer la correlación entre la mercantilidad del tipo y la mercantilidad del sujeto. La diferencia con el sistema del Código de Comercio está en que tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la de Sociedades de Responsabilidad Limitada siguen un criterio estrictamente formal: son mercantiles las sociedades que adopten cualquiera de las dos formas citadas, con independencia de la índole de las actividades que integren su objeto.

En la segunda fase de esta evolución nos encontramos con las sociedades mixtas, que son las dedicadas a un objeto o actividad civil, pero que adoptan alguna de las formas consagradas por el Código de Comercio. Estas sociedades, que no tienen la consideración de comerciantes, se rigen, según el artículo 1.670 del Código Civil, por las disposiciones del Código de Comercio que no se opongan a las del Código Civil, lo que, según PAZ-ARES, debe entenderse en el sentido de que se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio que no sean incompatibles con su naturaleza civil.

Admitido esto, ¿qué puede decirse de las sociedades que estando dedicadas a una actividad mercantil o comercial se constituyen como sociedades civiles? Un ejemplo bien claro fue el estudiado por la Resolución de la Dirección General de 28 de junio de 1985: se trataba de una sociedad dedicada a la elaboración y comercialización de congelados agrícolas y a la comercialización, compra, venta y reventa de productos comerciales y de elementos indus-

triales para la congelación. Esta sociedad, a pesar de la índole innegablemente mercantil de su objeto —allí estaban las palabras «venta y reventa» para disipar cualquier posible duda—, se había constituido como sociedad civil y pretendía inscribir en el Registro de la Propiedad la adquisición de un local. No es este el momento de hacer el comentario de esta Resolución, sobre la que en su día escribí unas apresuradas notas («Una extraña figura: Las sociedades civiles con objeto mercantil», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, septiembre de 1989), en las que intentaba salir al paso de la desviada exégesis que de ella hacían cuantos la utilizaban para defender la viabilidad e inscribibilidad en el Registro Mercantil de las sociedades de esta naturaleza. Y aunque ahora —sobre todo después de conocer la decisiva aportación de PAZ-ARES sobre la cuestión— me veo en la necesidad de revisar lo que escribí sobre el criterio de distinción entre sociedades civiles y mercantiles, me ratifico en lo que era la tesis de mi artículo: que la Dirección General, lejos de amparar la inscripción de las pretendidas sociedades civiles con objeto mercantil, lo que hacía, del primer al último considerando, era decir que, cualquiera que fuera la denominación escogida por los contratantes, una sociedad dedicada a la realización de actos de comercio era en sí un acto de comercio, por lo que debía inscribirse en el Registro Mercantil como sociedad mercantil.

Hubo quien consideró que, con aquellas notas, yo mantenía una estéril pugna con quien calificaba el supuesto como de sociedad civil con objeto mercantil, aunque enteramente sometida a las normas mercantiles (1). Creo que la polémica no era inútil, pues una cosa era rechazar la viabilidad e inscribibilidad de las sociedades civiles con objeto mercantil —a las que PAZ-ARES califica de *monstruum* jurídicamente imposible— y exigir la adopción de una forma mercantil a la vista del objeto, y otra amparar su inscripción y reclamar la aplicación de las normas mercantiles sobre la base de que la voluntad de las partes no basta para eludir la aplicación de las normas. Y como prueba de la utilidad de aquel empeño puede citarse la Resolución de la Dirección General de 25 de abril de 1991, que ahora paso a comentar.

El supuesto de hecho era el siguiente. Se constituyó mediante escritura pública una sociedad denominada «Fons Club, Sociedad Civil», cuyo objeto era la obtención de ganancias mediante operaciones de giro y otras actividades lucrativas, siempre que fueran lícitas, permitidas y no reservadas por las leyes. La escritura contenía, además, otros pactos relativos a responsabilidad de los socios —que se limitaba a sus aportaciones al capital social— y a la capacidad de la sociedad.

Presentada la escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, se denegó su inscripción por el defecto, calificado de insubsanable, de no ser inscribibles en el Registro Mercantil las sociedades civiles.

El representante de la sociedad recurrió la nota de calificación invocando, de una parte, el carácter no exhaustivo del artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, y de otra, el carácter parcialmente mercantil de la sociedad constituida, que tenía un objeto claramente lucrativo y a la que se le dotaba de una regulación típicamente mercantil. Era, en definitiva, el carácter mercantil del objeto el que servía al recurrente para pedir la inscripción de la sociedad en el Registro.

(1) HERNÁNDEZ MANCHA, «Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», *BCNR*, julio-agosto 1991.

Dos caminos tenía el Registrador para defender la nota de calificación. El primero era negar, sin excepciones, la inscribibilidad de las sociedades civiles en el Registro Mercantil. El segundo, partiendo de la interpretación por mí discutida de la Resolución de 1985, admitir que las sociedades civiles con objeto mercantil pudieran inscribirse en el Registro, pero negar que en este caso la índole del objeto fuera de tal naturaleza.

Esta segunda vía fue la que siguió el Registrador. En su informe se percibe claramente el eco de la errónea exégesis de la Resolución de 28 de junio de 1985, cuando se lee que, respecto de las sociedades civiles con objeto mercantil, la Dirección General parece inclinarse por su inscripción en la Resolución citada. Pero, seguía afirmando, «no es éste el caso de la sociedad que nos ocupa, puesto que del artículo 3 de los Estatutos no resulta que el objeto social merezca la consideración de mercantil, sino que es común a todo tipo de sociedades».

El resto de la argumentación del Registrador es menos inteligible, posiblemente por lo comprimido del resumen que puede leerse en la Resolución publicada. Dice en su informe que «aún en el caso de que pudiera entenderse que estamos ante una sociedad mercantil, el Registrador ha de velar por la pureza de la configuración del tipo social escogido», y que en la sociedad estudiada se mezclaban confusamente esquemas organizativos propios de la sociedad capitalista y de la personalista.

Lo que no queda claro es cómo podría entenderse que se estaba ante una sociedad mercantil —parece que si la índole del objeto fuera de tal naturaleza, también lo sería la sociedad— y qué principios de la sociedad personalista o de la capitalista serían admisibles en tal hipótesis. Para no hacer conjeturas, lo mejor será ceñirnos a los puntos que le parecían rechazables:

- en cuanto a la denominación, se adoptaba una objetiva, en contra de lo preceptuado en los artículos 126 y 146 del Código de Comercio, y 178 del Reglamento del Registro Mercantil. Además, no se acompañaba certificación negativa del Registro Mercantil Central ni se aludía en la denominación a la limitación de responsabilidad de que se beneficiaban los socios,

- se hablaba de una cifra de capital, concepto exclusivo de las sociedades capitalistas y ausente en las personalistas, que no tienen capital y sí patrimonio;

- en cuanto a la limitación de responsabilidad, era inaceptable que se pretendiese hacerla efectiva frente a terceros mediante la inscripción de la sociedad en el Registro en virtud del principio de oponibilidad

El recurrente tachó de poco claras las alegaciones del Registrador, a quien achacaba no tener un criterio claro sobre la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil y no pronunciarse de manera terminante sobre si la confusión de elementos personalistas y capitalistas en la sociedad constituida era o no un defecto, ni de qué naturaleza. El recurrente defendía abiertamente la validez de una sociedad dedicada a actividades mercantiles, pero que adoptara la forma y estructura de una sociedad civil. Y en lo que respecta a organización, responsabilidad y denominación, sostenía la validez de los pactos sociales, fundamentándose en:

- que los esquemas organizativos, aunque mixtos de sociedad personalista y capitalista, eran válidos en aras del principio de autonomía de la voluntad y no podían impedir el acceso al Registro Mercantil de la sociedad creada,

— que no había ninguna norma imperativa sobre denominación de sociedades civiles y que la falta de certificación negativa del Registro Mercantil Central no podía constituir un defecto, ya que dicho Registro no expedía certificaciones para las sociedades civiles;

— que no había ningún precepto que prohibiera, en las sociedades civiles, limitar la responsabilidad de los socios frente a terceros.

Estas cuestiones planteadas por el recurrente, al margen de la equivocada constitución de una sociedad civil dedicada a actividades comerciales, son importantes en el ámbito estricto de la sociedad civil y han sido insuficientemente estudiadas por la doctrina. De nuevo hay que volver a citar a PAZ-ARES, tras cuya aportación a la comprensión de la disciplina de la sociedad civil hay que revisar todo lo que se ha escrito sobre la cuestión. La originalidad y solidez de sus planteamientos, algunos de ellos de notable audacia —léase lo referente a administración y responsabilidad de los socios, por ejemplo— hacen del todo recomendable su lectura íntegra, por lo que evitaremos hacer de ellos un resumen precipitado.

La Dirección General se veía abocada a resolver las siguientes cuestiones

1.ª Si era posible constituir e inscribir en el Registro Mercantil sociedades civiles dedicadas a actividades mercantiles

2.ª En caso afirmativo, si las normas del Código Civil sobre las sociedades civiles eran de carácter imperativo o dispositivo y si podía dotarse a las sociedades civiles con objeto mercantil de un esquema organizativo interno y externo similar al de las sociedades de capital.

La solución negativa dada a la primera pregunta liberó a la Dirección General de la necesidad de entrar en la espinosa segunda cuestión. Pero es mejor ir por partes. La Dirección centró perfectamente la cuestión cuando describió el supuesto como una sociedad que es mercantil por su objeto —según confiesa el recurrente— y que el título conceptúa como sociedad civil. Curiosamente, la Dirección no perdió la ocasión de recordar, aun de pasada, la polémica sobre la inscribibilidad de las sociedades civiles por su objeto, pero constituidas con arreglo a las formas reconocidas por el Código de Comercio, de la que antes hablamos. Pero volviendo al caso que nos interesa, el Centro directivo se pronunció sin rodeos: «Evidentemente, esta conceptualización está equivocada, y por sí la denominación como “civil” introduce un elemento de confusión que es suficiente para denegar la inscripción.» Para desarrollar esta afirmación no hay nada mejor que transcribir o parafrasear las frases que siguen. Ni la denominación que las partes den a los negocios que celebren pueden servir para eliminar la aplicación de las normas apropiadas, ni la denominación de civil puede servir para eludir la aplicación de las normas mercantiles sobre las sociedades. Una sociedad dedicada a la realización de actos de comercio es en sí un acto de comercio y está sujeta enteramente a las prescripciones mercantiles.

Este criterio de la Dirección General merece ser elogiado. Desde un punto de vista teórico, porque cierra el paso a entes de dudosa legalidad, apoyados en una viciada interpretación de un precepto del Código Civil y de una Resolución de la Dirección General. Y desde un punto de vista práctico, porque carece de sentido cargar a las sociedades regularmente constituidas de obligaciones sustantivas y formales y permitir que una sociedad que va a desenvolverse en la vida mercantil actividades de similar o mayor importancia eluda las

normas imperativas que garantizan la seguridad del tráfico y los intereses de terceros sólo porque se le califica caprichosamente como «sociedad civil». La nebulosa en que quedaría envuelta la aplicación preferente de las normas civiles o mercantiles sobre las estatutarias vendría a agravar la de por sí confusa situación.

Con esta doctrina, que PAZ-ARES califica de «impecable», la Dirección liquida las dudas y equívocos que vinieron suscitándose desde 1985 acerca de la posible inscripción en el Registro de las sociedades civiles con objeto mercantil e, incluso —véase el estudio de GARCÍA MAS sobre «La sociedad civil y su conexión registral», *Boletín del Colegio Notarial* de Granada, abril de 1990—, sobre las sociedades civiles puras. De ahí que, según la Dirección, para inscribir en el Registro una sociedad dedicada a la realización de una actividad mercantil es preciso «corregir la equivocada denominación que tan sustancialmente importa para el régimen jurídico aplicable». Una vez hecha esta corrección, será el momento de determinar si la sociedad mercantil constituida cumple con las exigencias del Ordenamiento jurídico sobre compañías de esta naturaleza.

En definitiva, la Dirección General ha apartado definitivamente del ámbito del Registro Mercantil a las sociedades civiles y, de paso, a otras entidades de perfiles ambiguos como las comunidades de bienes que explotan una empresa bajo una razón unificada en tráfico, a la que PAZ-ARES describe como «*monstruum* jurídico que hay que desterrar de nuestra praxis negocial». Otra cuestión muy distinta, que ni la legislación ni la jurisprudencia ha abordado con propiedad y que está reclamando una definición adecuada, es la de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adquisiciones realizadas por las sociedades civiles propiamente dichas, la de la calificación de los pactos societarios y la de la eficacia de la publicidad del Registro de la Propiedad respecto de los aspectos —objeto, representación, responsabilidad— organizativos de la sociedad. No obstante, es digno de elogio que la doctrina que en este sentido haya de desarrollarse se asiente sobre bases sólidas, como las definidas por esta Resolución de 25 de abril de 1991.

J. T. G.^a M.

LA VALORACION FIJADA POR LA COMISION PROVINCIAL DE URBANISMO, EN TANTO NO HAYA SIDO ACEPTADA POR EL INTERESADO, NO PUEDE EQUIPARARSE AL JUSTIPRECIO Y POR TANTO SU DEPOSITO NO BASTA PARA PRACTICAR LA INSCRIPCION. (RESOLUCIÓN DE 9 DE JUNIO DE 1992 BOE DE 10 DE JULIO)

Hechos.—I. El Institut Català del Sol lleva a cabo una actuación de promoción de suelo industrial en el ámbito del Plan parcial de Sant Ermengol que se ejecuta por el sistema de expropiación por tasación conjunta. Aprobado definitivamente el proyecto de expropiación forzosa de los bienes y derechos afectados por el citado plan, entre los mismos se encontraba, entre otras, la finca perteneciente a don Josep María Vilaclara, inscrita en el Registro de la Propiedad de Martorell en el tomo 12, libro 1 de Abrera, hoja 118, finca número 30. La indemnización correspondiente a la finca fue fijada en 10.109.925 pesetas, habiendo sido depositada tal cantidad en la Caja General de Depósitos de la Generalidad de Cataluña. En fecha 10 de octubre de 1990 se levantó acta de ocupación de dicha finca sin comparecencia del expropiado.

II Presentada dicha acta de ocupación junto con el resguardo de la consignación en el Registro de la Propiedad de Martorell para la inscripción de la finca a favor del Institut Català del Sol, el Registrador emitió la siguiente nota. «Se ha practicado anotación preventiva de las precedents actas de ocupación y resguardo de depósito a petición del presentante y al amparo del artículo 32.3 del Reglamento Hipotecario en el tomo 12 del archivo, libro 1 de Abrera, folio 121, finca número 30, anotación letra A, suspendiéndose la inscripción que se solicita, ya que no resulta acreditado que lo consignado sea el justiprecio ni tampoco que no se haya impugnado la valoración de la Comisión Provincial de Urbanismo (arts. 138.3.º LS, 202.8.º y 9.º RGU y 32.4 RH)». Contra la suspensión puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.—Martorell, a 26 de noviembre de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Ramón Abelló Margaler.

III. Contra dicha nota interpuso el Institut Català del Sol recurso gubernativo alegando que el acta de ocupación y el justificante de la consignación de la valoración son títulos inscribibles en el Registro, de conformidad con el artículo 191.2 de la Ley del Suelo; que una de las causas de la consignación de la valoración es la falta de aceptación o de acuerdo (art. 206 RGU), sin que ello afecte a la facultad de percibir por el expropiado la cantidad discutida, así como de continuar con sus reclamaciones; que una vez efectuada la consignación y levantada el acta de ocupación, se produce la adquisición de la propiedad de los bienes expropiados por el expropiante; que la cantidad depositada es la que ha sido fijada por la Comisión de Urbanismo, sin perjuicio de su posible impugnación ante el Jurado Provincial de Expropiación, que la fijará definitivamente en vía administrativa, pero sin que esa eventual impugnación o la posterior en vía contenciosa suspenda la tramitación del expediente expropiatorio ni sus efectos, por lo que resulta plenamente aplicable el ya citado artículo 192 de la Ley del Suelo; que en este caso, al no hallarnos ante una expropiación urgente de las contempladas en el artículo 52 de la Ley de Expropiación no es aplicable el artículo 32.3 del Reglamento Hipotecario, que parece pensado más bien para dichos supuestos de expropiación urgente, siendo, por el contrario, plenamente aplicable el artículo 209.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, que es la legislación específica del procedimiento urbanístico por tasación conjunta, que es el aquí aplicado; que según GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO ALONSO, el acta de ocupación con los requisitos de la legislación hipotecaria en cuanto a la descripción de las fincas, junto con el acta de pago o, en su caso, el justificante de la consignación del justiprecio, constituye título suficiente para la inscripción registral de la transmisión en favor del beneficiario de la expropiación.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: que presentados para su inscripción el acta de ocupación y el resguardo de depósito, de este último no se desprendía si la cantidad consignada lo era en concepto de justiprecio o era la valoración de la Comisión Provincial de Urbanismo, ni tampoco se acreditó que dicha valoración no hubiera sido impugnada, aunque el Registrador tuvo noticia verbal de que efectivamente así lo era; que ello se desprende igualmente del escrito del recurso en que se afirma que lo depositado era la valoración de la Comisión, susceptible por ello de impugnación; que por ello, según el artículo 203.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, el depósito de esa valoración se produce a los efectos del artículo 52, números 6, 7 y 8 de la Ley de Expropiación Forzosa, que se refiere a que la Administración pueda

ocupar la finca y se tramitará el expediente en sus fases de justiprecio y pago, añadiendo el artículo 60 del Reglamento de la Ley que en los supuestos del artículo 52 de la Ley se suspenderá la inscripción hasta que, fijado definitivamente el justiprecio, se realice el pago o la consignación, sin perjuicio de que pueda practicarse en el Registro de la Propiedad anotación preventiva al presentar el acta de ocupación y el resguardo de depósito provisional, todo ello de conformidad con el artículo 32.3.º del Reglamento Hipotecario; que en este caso se levantó el acta de ocupación sin comparecencia del propietario, y en cuanto al resguardo sólo era provisional, pues el interesado podía impugnarlo, por lo que se tomó la anotación preventiva; que en cuanto a los preceptos que cita el recurrente, que todos ellos se refieren a que el expediente expropiatorio haya finalizado, siendo una de sus fases la de determinación del justiprecio y su pago o consignación; que el artículo 191.2.º de la Ley del Suelo dice que es título inscribible el acta de ocupación acompañada de justificante de consignación del justiprecio; que la valoración de la Comisión de Urbanismo sólo equivale al justiprecio si no se impugna, lo que no ha acreditado la Administración, por lo que hay que entender que hay reclamación, lo cual ha sido confirmado al Registrador verbalmente por la parte recurrente y que, por tanto, será el Jurado Provincial de Expropiación el que fije el justiprecio, ultimando su resolución la vía administrativa y abriéndose la judicial en su caso, que, como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1989, es norma general que si el acto administrativo implica una mutación jurídico-inmobiliaria su inscripción se supedita a la adquisición de firmeza en vía administrativa, lo cual está de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y artículos 48 y 53 de la Ley de Expropiación Forzosa; que desde otro punto de vista, el legislador exige para la expropiación forzosa, que al fin y al cabo es una compraventa forzosa, un precio cierto (ex art. 1.445 CC).

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por Auto de 1 de marzo de 1991, confirmó la nota del Registrador en base a los artículos 32.4.º del Reglamento Hipotecario y 202.8.º y 9.º del Reglamento de Gestión Urbanística.

VI. Contra dicho auto se interpuso el presente recurso de apelación, manteniendo el recurrente los argumentos expuestos en el recurso gubernativo

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24, 29, 30, 35, 48, 52, 53 y 57.7 de la Ley de Expropiación Forzosa; 60 del Reglamento de Expropiación Forzosa; 138 y 140 de la Ley del Suelo; 203 de la Ley General de Urbanismo; 202, 205 y 209 del Reglamento de Gestión Urbanística, y 32.3.º del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de inscribir a favor de la Administración expropiante determinados terrenos afectados por el expediente expropiatorio, cuando no consta en el título presentado que el importe depositado sea el definitivo justiprecio. Efectivamente, seguido el expediente por el procedimiento de tasación conjunta, no aparece en el acta de ocupación que la valoración aprobada por la Comisión Provincial de Urbanismo —cuyo importe se deposita— haya sido consentida por el interesado.

2. Son principios básicos de la regulación general sobre la expropiación forzosa que la inscripción en el Registro del bien expropiado a favor de la entidad expropiante requiere el previo pago del justiprecio (*vid* arts. 48 y 53

LEF y 60 REF) y que éste sólo existe jurídicamente cuando una de las partes acepta la tasación ofrecida por la otra o, en su defecto, cuando recae la correspondiente resolución del Jurado Provincial de Expropiación (*vid.* arts. 29, 30 y 35 LEF), constituyendo la actuación del Jurado una más de las fases del expediente expropiatorio *strictu sensu* (*vid.* arts. 24 y 52 7 LEF). Estos criterios son igualmente reproducidos en la legislación urbanística para las hipótesis en que la ejecución de los polígonos o unidades de actuación se efectúe por el sistema de expropiación, y así se desprende del artículo 140 de la Ley del Suelo cuando supedita la inscripción al pago del justiprecio, y su artículo 138 al declarar que sólo la conformidad del interesado con la valoración fijada por la Comisión Provincial de Urbanismo permite tener por definitivamente determinado el justiprecio y que en otro caso éste habrá de ser establecido por el Jurado Provincial de Expropiación (*vid.* arts. 202, 205 y 209 RGU).

3 La valoración fijada por la Comisión Provincial de Urbanismo, en tanto no haya sido aceptada por el interesado (expresa o tácitamente, *vid.* art. 138.3.º, párrafo 2.º, LS), no puede, pues, equipararse al justiprecio y, por tanto, su depósito tampoco puede bastar para que sea posible la inscripción registral en favor del expropiante, su único alcance es el prevenido en los párrafos 6 a 8 del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa (*vid.* arts. 138.4.º LS y 203 LGU) y, consiguientemente y de conformidad con el artículo 32 3.º del Reglamento Hipotecario, solamente podrá provocar la extensión de una anotación preventiva en favor del expropiante o beneficiario, la cual podrá convertirse en inscripción cuando se acredite el pago o depósito del justo precio fijado de modo definitivo.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario.—Además de los extremos generales a que se debe extender la calificación registral en materia de expropiación forzosa (identificación de la finca o derecho real expropiado, tracto sucesivo, titulares registrales de derechos sobre la finca que no hayan sido citados, efectos de la nota marginal de expedición de cargas respecto de terceros que no han sido parte en el procedimiento, adquisición de la finca o derecho expropiado libre de cargas, circunstancias generales de los asientos exigidas por la ley hipotecaria, etc.), el Registrador debe calificar con cuidado el título expropiatorio, pues se puede caer en el error (confusión a que inducía el Reglamento Hipotecario antes de la Reforma de 17 de marzo de 1959 y que propagó la Orden de 24 de abril de 1958) consistente en pensar que cabe asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos reales adquiridos por expropiación cuando exista acta de ocupación y se acredite el pago o depósito del valor fijado por la Administración (el art. 32 del Reglamento de 14 de febrero de 1947 consideraba que «podrán también inscribirse las actas de ocupación de los inmuebles en los casos de expropiación forzosa, siempre que se acompañe el correspondiente resguardo de depósito»).

Hoy en día, al amparo del artículo 32.4.º del Reglamento —modificado por la reforma citada de 1959—, no cabe duda de que esto —la inscripción— tan sólo es posible cuando existe justiprecio fijado definitivamente, de manera que «a efectos de la inscripción se entenderá fijado definitivamente el justiprecio cuando por no haber acuerdo haya sido determinado aquél por el Jurado Provincial de Expropiación o el organismo competente con arreglo a las disposiciones especiales».

Entretanto no cabrá más que un asiento de anotación preventiva siempre que haya acta de ocupación y resguardo de depósito provisional (art. 32.3.º RH), esto es, en los supuestos excepcionales en los que la ley admita la ocupación administrativa de la finca o derecho expropiado pese a no estar fijado definitivamente en vía administrativa el justiprecio (con posibilidad luego de convertirse en inscripción acreditando el pago o consignación del justiprecio).

Por eso es correcta la doctrina de la resolución que comentamos.

La idea fundamental que se puede sacar de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de junio de 1992 es que para inscribir en el Registro de la Propiedad la adquisición de dominio u otros derechos reales por expropiación de la Administración Pública es necesario que el acto administrativo de fijación del precio de expropiación sea firme en vía gubernativa.

Es decir, que aunque no es preciso que el acto administrativo de determinación del precio sea firme en vía jurisdiccional, sí debe serlo en vía gubernativa para que exista justiprecio.

En consecuencia, si se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho expropiado a favor del expropiante o beneficiario, será necesario acompañar como títulos inscribibles: bien el acta de ocupación y pago —si existe acuerdo— o bien el acta de ocupación y los justificantes de la consignación del justiprecio —fijado definitivamente por la Administración aunque se recurra ante los Tribunales—.

Pero siempre es necesario que exista justiprecio, pues de lo contrario no cabe practicar asiento de inscripción de la expropiación, sino en todo caso —y sólo cuando excepcionalmente se admita a pesar de ello la ocupación administrativa— una anotación preventiva.

En este sentido se entiende que existe justiprecio, a falta de acuerdo entre el interesado y la Administración, cuando la valoración del derecho ha sido fijada definitivamente en vía gubernativa, es decir, cuando existe resolución del Jurado Provincial de Expropiación, aunque dicha resolución haya sido recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En resumen, la inscripción en el Registro de la Propiedad tendrá lugar a través de los siguientes títulos:

I. *Si existe acuerdo.*—El acta de ocupación y pago será suficiente cuando existe acuerdo entre los interesados y la Administración, esto es, cuando la Administración acepta la valoración hecha por el propietario o el propietario la valoración fundada de la Administración, en cuyo caso se entiende determinado definitivamente el justo precio (art. 30.1.º LEF de 16-12-1954).

II. *Si no existe acuerdo y todavía no se ha dictado resolución por el Jurado Provincial de Expropiación.*—En estos casos no cabe practicar asiento alguno en el Registro de la Propiedad por no existir justiprecio, y en consecuencia (como luego veremos) no se puede proceder a la ocupación administrativa de la finca ni se ha verificado la transmisión efectiva del derecho expropiado.

La calificación será por tanto de denegación (en realidad, no puede extenderse acta de ocupación y no será frecuente que se plantee el caso).

Los únicos supuestos en los que se podrá practicar anotación preventiva de suspensión será en los supuestos excepcionales de ocupación administrativa urgente que prevea la Ley, como ocurre en los casos de expropiación urgente y expropiación urbanística por sistema de tasación conjunta, a los que luego nos referiremos.

III. *Si ante la falta de acuerdo dicta resolución el Jurado Provincial de Expropiación.*—Caso distinto del anterior es que por no haber aceptado la Administración la valoración del propietario ni éste la de aquélla, el justiprecio haya sido fijado por el Jurado Provincial de Expropiación y su resolución no haya sido recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En estos casos sí se puede proceder a la inscripción del derecho expropiado y también será título inscribible el acta de ocupación y pago.

IV. *Si la resolución del Jurado Provincial de Expropiación es recurrida ante los Tribunales.*—También cabrá la inscripción en el Registro de la Propiedad aunque el precio fijado por el Jurado Provincial sea objeto de recurso contencioso, ya que a pesar del recurso ya existe justiprecio.

En estos casos, no obstante, el título inscribible será el acta de ocupación acompañado del documento que acredite la consignación del justiprecio o el correspondiente resguardo de depósito (art. 32.4.º RH).

Es decir, la resolución motivada del Jurado Provincial de Expropiación ultimaré la vía gubernativa, procediendo tan sólo contra ella el recurso contencioso-administrativo (art. 35.2.º LEF), pero sin que la interposición de tal recurso contencioso impida la inscripción de la expropiación en el Registro de la Propiedad, pues el acto administrativo es firme en vía gubernativa y ya existe justiprecio. Lo único que ocurre es que, dada la falta de aceptación por el propietario, procederá su consignación en la Caja General de Depósitos (art. 50 LEF).

En efecto, en estos casos de litigio entre el interesado y la administración ante los Tribunales es cuando procede la consignación del justiprecio, pudiendo el interesado exigir que se le entregue la cantidad respecto de la que exista conformidad. Entre tanto la Administración puede inscribir su derecho adquirido por expropiación.

Así lo confirma la jurisprudencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990 reitera su doctrina de que por el hecho de que el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación sea recurrido en vía contencioso-administrativa no impide a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que los propios Tribunales acordasen la suspensión.

Según la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, la valoración efectuada por el Jurado Provincial de Expropiación, goza no obstante de la presunción *iuris tantum* de legalidad y acierto en razón a su competencia técnica e imparcialidad, si bien tal presunción puede ser revisada en vía jurisdiccional en caso de notorio error material o infracción de preceptos legales (STS 16-6-1990).

V. *Supuestos excepcionales en los que a pesar de no existir aún justiprecio se permite la anotación preventiva del título: expropiación urgente y actuación urbanística por expropiación en sistema de tasación conjunta.*—Como hemos visto, la inscripción de la expropiación no será posible cuando todavía no exista justiprecio, como ocurre en los supuestos en los que la vía gubernativa no está agotada, y deberá denegarse la práctica de cualquier asiento (falta insubsanable).

Sin embargo, excepcionalmente existen casos admitidos por la Ley en los que se permite una publicidad provisional de la actuación administrativa, porque también excepcionalmente —porque lo autoriza la Ley— se permite una ocupación administrativa inmediata del bien expropiado.

En estos casos, tan sólo procederá la anotación preventiva del derecho

expropiado mediante la aportación del acta previa de ocupación y el resguardo de depósito provisional (art. 32.3.º RH).

Así ocurre en los siguientes supuestos:

a) en los casos de urgencia, regulados en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, en los que se suspenderá la inscripción hasta que se haya fijado definitivamente el justo precio, pudiendo practicarse entre tanto anotación preventiva (art. 60.3.º REF);

b) en los casos de actuación urbanística por el sistema de expropiación por tasación conjunta.

En efecto, el artículo 201 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978 admite que la expropiación forzosa, como sistema de ejecución de un Plan urbanístico, puede realizarse —a elección del expropiante— de una manera individualizada para cada finca (sujeta a las reglas generales) o por el sistema de valoración conjunta (sujeta a las normas especiales de los arts. 202 y sigs.).

En este último caso las tasaciones están sometidas a un expediente, objeto de información pública y notificación individual, que debe ser objeto de aprobación por la Comisión Provisional de Urbanismo. Caso de que la resolución de dicha Comisión, notificada también a los interesados, no fuera aceptada por éstos (el silencio se entiende como aceptación), aquélla debe poner el expediente en conocimiento del Jurado Provincial de Expropiación a efectos de fijar el justiprecio.

Debe tenerse en cuenta, dado que el supuesto planteado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de junio de 1992 tuvo lugar en Cataluña (el órgano expropiante era el Instituto Catalán del Suelo), que el texto refundido de la legislación urbanística vigente en Cataluña aprobado por Decreto legislativo de la Generalidad de fecha 12 de julio de 1990 prevé una regulación idéntica del sistema de expropiación por tasación conjunta (cfr. art. 189 TR).

En definitiva, en este procedimiento de tasación conjunta no existe justiprecio y, en consecuencia, no puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad la correspondiente expropiación hasta que se dicte resolución firme por la Comisión Provincial de Urbanismo o, si tal resolución no hubiera sido aceptada por los interesados, se dicte resolución por el Jurado Provincial de Expropiación.

Entre tanto no podrá practicarse más que la anotación preventiva de la expropiación a través del acta previa de ocupación y resguardo de depósito provisional.

Y esto —y no otra cosa— es lo que dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de junio de 1992 referente a uno de los supuestos que hemos llamado excepcionales (el de la actuación urbanística por sistema de expropiación en tasación conjunta), respecto del que reitera los siguientes principios:

a) para practicar un asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad del bien expropiado es necesario el previo pago del justiprecio;

b) que el justiprecio tan sólo existe jurídicamente cuando una de las partes acepta la tasación ofrecida por el otro o en su defecto recae la correspondiente resolución del Jurado Provincial de Expropiación;

c) que este criterio es igualmente aplicable al amparo de la legislación

urbanística en las hipótesis de ejecución de polígonos o unidades de actuación por el sistema de expropiación;

d) que el que se siga el sistema de tasación conjunta supone que sólo queda definitivamente determinado el justiprecio si existe conformidad por los interesados a la valoración fijada por la Comisión Provincial de Urbanismo, pero que si falta tal conformidad deberá ser fijada por el Jurado Provincial de Expropiación;

e) entre tanto no se fije definitivamente el justiprecio, no puede practicarse otro asiento en el Registro de la Propiedad que el de la anotación preventiva en favor del expropiante.

Con todo ello se confirma el criterio que ya había sentado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1989 de que aun cuando los actos administrativos sean inmediatamente ejecutivos, «es norma general que si éstos implican una mutación jurídica inmobiliaria, su inscripción en el Registro de la Propiedad se supedita a la adquisición de firmeza en vía administrativa», citando en apoyo de esta doctrina los artículos 112, 113 y 174 del Reglamento de Gestión Urbanística (que exigen firmeza en vía administrativa de los acuerdos de reparcelación para su inscripción en el Registro de la Propiedad), los artículos 22, 48 y 53 de la Ley de Expropiación Forzosa (que ya hemos visto exigen el previo pago del justiprecio para la inscripción de la expropiación) y los artículos 222, 224 y 235 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (que también exigen firmeza administrativa para la inscripción del Acta de reordenación de la propiedad en el Registro).

En conclusión, en sede de expropiación, para que se inscriba en el Registro de la Propiedad la citada expropiación a favor de la administración expropiante es necesario siempre (y así será objeto de calificación registral en base al art. 18 LH) que se haya fijado definitivamente el justiprecio por acuerdo entre el interesado y la administración o por resolución del Jurado Provincial de Expropiación, y lo reciba el titular registral (acta de pago) o bien que se consigne a su disposición por darse alguno de los supuestos del artículo 51 del Reglamento de Gestión Urbanística (acta de depósito), sin que mientras tanto pueda extenderse el acta de ocupación.

Así lo dice expresamente el artículo 52, párrafo 2º, del Reglamento de Expropiación Forzosa, a cuyo tenor la ocupación administrativa de la cosa expropiada sólo podrá realizarse cuando los titulares de los derechos hayan percibido la indemnización que pudiera corresponderles o haya sido consignada en los supuestos del artículo 51.

Entre las causas de consignación que recoge el artículo 51 del Reglamento de Expropiación Forzosa (y que insisto no excluyen que exista ya justiprecio) figuran el que el titular no concurra el acto del pago o que no exista acuerdo entre los varios interesados o se trate de personas que requieran autorización judicial para actos dispositivos, o cuando existiendo cargas o derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad no concurrieren sus titulares al pago, o cuando exista litigio entre los interesados y la Administración.

Insisto, por tanto, que la existencia de litigio ante los Tribunales entre los expropiados y la Administración no impide que exista ya justiprecio, siempre que se haya agotado la vía administrativa a través de la correspondiente resolución del Jurado Provincial de Expropiación, pudiendo en consecuencia practicarse la correspondiente inscripción mediante el acta de ocupación y consignación, cosa que no sería posible si la valoración no tuviera firmeza en vía

administrativa, pues en tal caso sólo procedería la anotación preventiva del título.

En definitiva, desde el momento que existe justiprecio (ya se haya pagado o se haya consignado en los casos estudiados) puede ocuparse administrativamente la finca (art. 51 LEF), y es precisamente en ese momento en el que se extiende el acta de ocupación cuando se consuma la transmisión de la propiedad a favor del expropiante (STS de 1 junio 1987), correspondiendo desde ese momento al expropiante o beneficiario velar por la protección de sus derechos presentados en el Registro de la Propiedad para su inscripción el acta de ocupación y pago, o el acta de ocupación y los documentos que acrediten su consignación (no debe olvidarse además el carácter obligatorio de esta actuación en orden a la inscripción del derecho expropiado dado los términos concluyentes del art. 60 REF).

Tan sólo en los casos excepcionales de expropiación urgente a que se refiere el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa (a la que se equipara la actuación urbanística por expropiación con tasación conjunta en la que no se acepta la valoración de la Comisión Provincial de Urbanismo, según resulta del art. 203 RGU) se permite tomar posesión del bien expropiado por la Administración sin que exista aún justiprecio, ya que se puede levantar acta previa de ocupación. Por eso también en estos casos se produce la transmisión de la propiedad en favor del expropiante o beneficiario desde que existe ocupación, si bien, por no existir aún justiprecio, no podrá practicarse más que un asiento de anotación preventiva a través del acta previa de ocupación y el resguardo de depósito provisional, cuya anotación se convertirá en inscripción cuando se acredite el pago o consignación del justo precio.

Por el contrario, en todos aquellos supuestos en los que no se pueda practicar la ocupación del bien expropiado, como ocurre en cualquier caso en los que aún no haya justiprecio (bien por no haberse fijado por resolución del Jurado Provincial de Expropiación —a excepción de los supuestos de expropiación urgente o tasación conjunta antes expresados—, bien por no haberse pagado o consignado) no existirá transmisión del derecho expropiado a favor del expropiante o beneficiario, y no podrá practicarse asiento alguno, ni siquiera de anotación preventiva (falta insubsanable).

O dicho de otra manera, en el Registro de la Propiedad tan sólo se inscriben las transmisiones efectivas de derechos expropiados (fiel a la regla general del art. 2.º LH), lo cual sólo tiene lugar a través de la ocupación, previo pago o consignación del justo precio, con la única excepción de la expropiación por razón de urgencia (a la que se equipara la actuación urbanística por expropiación con tasación conjunta en la que no se acepta la valoración de la Comisión Provincial de Urbanismo, según resulta del art. 203 RGU), en que a pesar de haberse producido la transmisión de propiedad por la ocupación previa del bien, como aún no está definitivamente fijado el justo precio tan sólo podrá ser objeto de anotación preventiva.

En ningún caso se practicará asiento alguno respecto de procedimientos expropiatorios en los que aún no exista transmisión de la propiedad del derecho expropiado, lo que ocurre en todos aquellos casos en los que no se autoriza la ocupación del mismo.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA

NO ES RENUNCIANTE QUIEN RECORRE UN ACUERDO. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Mal puede ser significativo de renuncia de derechos lo que emana de un acuerdo que posibilita recurso y que fue ejercitado, ya que con ello falta la claridad, terminante e inequívoca, de expresión de voluntad indiscutible de criterio de aspecto determinante de renuncia, significativa de actos concluyentes al respecto, toda vez que no es de entender renunciante a quien recurre del acuerdo, dado que todo acto de renuncia, para que tenga efectividad, excluye toda condicionante.

EL RIESGO NO PUEDE SER FUNDAMENTO UNICO DE LA OBLIGACION DE RESARCIR. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro Ordenamiento positivo, de tal suerte que se exige la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, y si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba o acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin excluir de modo alguno el clásico principio de la responsabilidad por culpa y sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir, doctrina que es recogida, entre otras, en las Sentencias de 29 de marzo de 1983, 1 de octubre de 1985 y 19 de febrero de 1987.

PARA QUE PROSPERE LA RESOLUCION, BASTA ACREDITAR QUE SE FRUSTRARON LAS EXPECTATIVAS DEL VENDEDOR (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La tradicional exigencia de una «voluntad deliberadamente rebelde» que puede identificarse con el impago doloso, ha sido mitigada por el criterio sentado en Sentencias como las de 26 de enero de 1988 y 24 de febrero de 1990, según el cual, para que la resolución prospere basta que se acredite por el vendedor cumplidor de sus obligaciones que se frustró el fin económico del vínculo contractual y las legítimas expectativas del vendedor, sin necesidad de penetrar en el grado de voluntariedad del incumplidor en parte importante de sus deberes

EL QUE UN BIEN HAYA SIDO ADQUIRIDO POR UNA SOCIEDAD EN FORMACION NO ELIMINA LA MALA FE DEL COMPRADOR POSTERIOR. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1992.)

Hechos.—Se trabó embargo sobre una casa por deudas del titular. Salió a pública subasta y se adjudicó a una entidad mercantil por once millones de pesetas. La escritura no se inscribió en el Registro porque fue retirada para subsanar defectos, entre ellos la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Dos años después, y por otro embargo que pesaba sobre los deudores, todavía titulares registrales, se procedió a una nueva subasta —en otro Juzgado— y se adjudicó la casa al Ayuntamiento de A. de la F. por ocho millones. La sociedad mercantil entabla acción reivindicatoria que es acogida por el Tribunal Supremo.

Doctrina de la Sentencia.—La buena fe a la que a efectos de la doble venta se refieren los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, precisa, conforme a los artículos 433 y 1.950 del citado Código, en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior, requisito de ignorancia que aquí no ocurre, pues el Ayuntamiento, cuando compró la casa litigiosa, conocía plenamente que la misma había sido vendida a la entidad mercantil. La circunstancia de que un bien sea adquirido por una sociedad en formación (constituida por escritura pública, pero no inscrita en el Registro Mercantil) no puede ser tomada en consideración para eliminar la mala fe del comprador posterior y transmutarla sin más en buena fe, pues con arreglo al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (aplicable a este caso por razón de las fechas), los contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil son válidos cuando dicha sociedad los ratifica y acepta después de su inscripción.

La tipificación de la doble venta, que contempla el artículo 1.743 del Código Civil, requiere para su existencia que cuando se perfecciona la segunda venta, por convenio entre comprador y vendedor sobre la cosa objeto del contrato y el precio, la primera no haya sido consumada todavía (lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas ventas), pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto.

LA CULPA DE UNO PUEDE PERJUDICAR A UN COPARTICIPE. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Ha de seguirse el criterio ya establecido en las leyes de Partida (Partida 7.^a, título 34, leyes 18 y 22), que si bien no podía prever la colisión de vehículos en el sentido moderno, determinó que «la culpa de uno non debe empescer a otro que non haya parte», es decir, teniendo en cuenta que el término «empescer» equivale al actual «empecer» (dañar o perjudicar): la culpa de una persona no debe perjudicar a otra que no tenga parte en esa culpa. Por tanto, *a sensu contrario*, la culpa de uno puede perjudicar a otro que sea copartícipe en esa culpa.

CONCEPTO DEL ERROR JURIDICO. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El error jurídico incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley, es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente, o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que acertada o equivocadamente obedezcan a un proceso lógico y que por ello sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible

INCUMPLIMIENTO: SUPERACION DE LA DOCTRINA DE LA «VOLUNTAD REBELDE». (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La más moderna orientación de doctrina de esta Sala, superando la tradicional de tener que darse «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo, lo que determina es que no se precisa que concurra a efectos resolutivos una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento, sino que basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúe de la misma manera, produciendo incumplimiento de contrario, revelado por llevar a cabo conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocial o de no prestación de lo debido por decisión de su libre voluntad, que no es precisamente positiva sino negativa, en cuanto ha de darse ausencia de toda causa, razón o justificación apreciable y concurrente para ello, colocándose de esta manera, bien expresamente o por deducción de sus actos y conductas acreditadas en postura manifiesta de oposición a cumplir lo que se convino y obligó por su actuación en línea de mala fe. De esta manera se ataca frontalmente a los objetivos y finalidades del convenio, así como a las legítimas expectativas de la parte cumplidora.

LA JURISDICCION CIVIL ES COMPETENTE CUANDO SE DEMANDA A LA ADMINISTRACION CONJUNTAMENTE CON PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La mayor parte de las resoluciones de esta Sala vienen atribuyendo competencia a la jurisdicción civil no sólo en aquellos supuestos en que la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, sino también cuando es demandada conjuntamente con personas jurídicas privadas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, y ello por la *vis atractiva* de esta jurisdicción y por el carácter residual de la misma.

La conjunta demanda de la Administración con una persona jurídica privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico; este criterio de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado por el artículo 117.5 de la Constitución española.

FIANZA EN GARANTIA DE OBLIGACION FUTURA: SE EXTINGUE CON LA MUERTE DEL FIADOR, ANTERIOR AL NACIMIENTO DE LA OBLIGACION. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Se está en presencia de un contrato de fianza sobre una obligación futura, perfectamente admitido en nuestro Código Civil en su artículo 1.825, que prescribe que también puede prestarse fianza en garantía de deudas futuras cuyo importe no sea conocido, pero que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, la eficacia o extensión de dicha fianza al cumplimiento de esa obligación futura, surgida con posterioridad a la muerte del fiador, no cabe repercutirla justamente en la persona de tal fiador, ya que, aun cuando se refiera a obligaciones futuras, siempre habrá de entenderse en el sentido que al surgir o al generarse esas obligaciones, tras la constitución de la fianza, persista esa voluntad del fiador de asumir realmente las consecuencias de ese futuro deber, sin que por ese fallecimiento y por el seguimiento del *ad impossibilia nemo tenetur* pudiera ese fiador premuerto haber hecho uso de la facultad revocatoria, ya que es obvio no podía emitir voluntad alguna de desestimiento por ese fallecimiento. Discrepar de esta afirmación equivaldría, en la hipótesis del pleito, a que ese aseguramiento del pasivo que se contraiga «en lo sucesivo» supondría una atadura *sine die* o a perpetuidad para los causahabientes del fiador que por su premoriencia no podría disentir de su precedente compromiso, lo que a todas luces repugna a los parámetros de la vinculación temporal a que se sujeta todo deudor o responsable.

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD: LA NEGATIVA A LAS PRUEBAS BIOLOGICAS NO EQUIVALE A «FICTA CONFESSIO». (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La investigación de la paternidad, si bien no puede imponerse a la fuerza, en punto al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 de la Constitución, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación, ante esa deficiencia y la consiguiente negativa a prestar su colaboración al hipotético padre, se

ha tenido que perfilar una doctrina. Y de esta doctrina cabe extraer como esencia fundamental que tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como *ficta confessio* y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la condición indispensable, como pueden ser cierta posesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos.

LOS CREDITOS DE LOS TRABAJADORES DE INDEMNIZACION POR CESE LABORAL NO TIENEN PRIVILEGIO. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe desconocer que la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado habitualmente por soluciones de amplitud en la equiparación de otros conceptos a salarios. Ya, sin embargo, la Sentencia de 25 de enero de 1991 había sostenido que los créditos incluidos como indemnizaciones por cese laboral no están investidos de privilegio alguno. La discrepancia entre sentencias obliga a reflexionar sobre la cuestión. La verdad es que las opiniones doctrinales no facilitan en principio la tarea, pues pasan éstas por posiciones jurídicas encontradas, no ya desde el cultivo de ramas jurídicas diferenciadas, sino muy particularmente dentro de la misma disciplina jurídico-laboral; sin embargo, vemos que dentro del propio Estatuto de los Trabajadores tienen difícil encuadre entre los créditos singularmente privilegiados, unos créditos que previamente han sido excluidos *expressis verbis* (se supone que con conocimiento de toda la problemática subyacente) por el legislador de la noción de salario.

LA EXTINCION DE UNA PERSONA JURIDICA CONLLEVA SU CONTINUACION EN OTRA PERSONA, NATURAL O JURIDICA. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—Sería absolutamente patológico, jurídicamente diciendo, la extinción de una persona jurídica sin continuación, por subrogación, fusión, absorción, mutación u otro mecanismo al uso del Derecho en otra persona natural o jurídica que mantuviera la posibilidad de ejercicio de los derechos y asunción de las responsabilidades de aquélla, pues ello conllevaría una inseguridad jurídica que repele todo Estado de Derecho, y de ahí que hasta que no se agoten todas las consecuencias de la vitalidad en el ámbito jurídico de la persona en trance de desaparición se arbitren fórmulas a través de Comisiones o Consejos u Oficinas de Liquidación para hacer plena satisfacción de los derechos propios de la persona a extinguir y de los extraños.

LITISCONSORCIO PASIVO: LA RELACION JURIDICA SE ESTABLECE ENTRE LA CAJA DE AHORROS Y LOS CLIENTES, POR LO QUE NO HACE FALTA TRAER A JUICIO A LOS EMPLEADOS DE AQUELLA. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1992.)

Hechos.—El demandante efectuó unas entregas de dinero en las oficinas de la Caja Rural de R. en calidad de depósito a plazo fijo, cuya devolución niega la institución de ahorros alegando que los funcionarios receptores de las su-

mas actuaron irregularmente y no contabilizaron los ingresos Prosperó la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia recurrida se funda en la exigencia de buena fe, en la apariencia que el actuar dentro de la institución transmite a los que a ella acuden de que hablan y gestionan con quienes pueden actuar como actúan; en la existencia de factores mercantiles con poderes implícitos para todo lo que sea del giro o tráfico de la empresa en la que desempeñen su empleo. El motivo tercero denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al litisconsorcio pasivo necesario. En sentir de la recurrente, debieron traerse al litigio a los funcionarios receptores del dinero. El motivo ninguna relación guarda con la teoría del litisconsorcio pasivo necesario porque la resolución que en el juicio recae ningún efecto directo produce sobre los no llamados al litigio, no necesariamente les afectará la sentencia y conservarán en sus relaciones con la Caja absolutamente todas las posibilidades de defensa si ésta les interpelara judicialmente. La relación jurídico-material de autos se establece entre la Caja y el cliente, y frente a éste asumió aquellos deberes, sin perjuicio de las relaciones internas entre Caja y empleados. La contratación fue en el local de la Caja, con un apoderado con facultades para firmar, con un empleado a quien se consentía intervenir y de cuyas irregularidades nunca pueden desprenderse perjuicios para los clientes ni a éstos se les puede exigir que cuando acudan a una oficina pidan la exhibición de los poderes.

EL LEGADO A UN TERCERO DE COSA PROPIA DEL HEREDERO NO REQUIERE QUE EL TESTADOR SEPA QUE LA COSA LEGADA PERTENECIA AL HEREDERO. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 62 del Fuero de Ayala lo único que prescribe es la necesidad de respetar, con poco o con mucho, la legítima de los herederos forzosos o legales, pero no regula, ni mucho menos prohíbe, que los testadores puedan hacer un legado de cosa ajena conociendo la ajeneidad de la misma o de cosa propia de alguno de los herederos o legatarios, ante cuya falta de regulación por parte de la legislación especial ha de acudir necesariamente a la normativa del Código Civil; el legado a un tercero de cosa propia del heredero, aunque especie del legado de cosa ajena, no requiere, a diferencia de éste, que el testador sepa que la cosa legada pertenecía al heredero gravado con el legado, sino que es eficaz aunque no sepa de quién es la cosa o aunque la crea suya, salvo que habiéndola ordenado por creerla propia sea en realidad del gravado, y del testamento resulte que no lo habría hecho de haber tenido conocimiento de ese extremo

DIFERENCIA ENTRE CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La caducidad o decadencia de derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes públicos cuyo fin es promover

un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva al tratarse de un plazo dentro del cual y únicamente dentro de él puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitatorio impone la decadencia fatal y automática de tal derecho.

Se es titular de la acción acreedora, y no del derecho creado, ya que para que surja éste es condición indispensable que se ponga en ejercicio en el plazo prefijado, pues si transcurre sin que la acción pretendida se utilice, desaparecen los derechos correspondientes.

LAS ACTUACIONES PUBLICITARIAS PUEDEN INCURRIR EN CULPA EXTRA-CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual, que originariamente se basó en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha evolucionado por las necesidades de los tiempos. En esta línea se ha ido hacia un sistema, si no de objetivación plena, que la redacción del artículo 1 902 no autoriza, sí cuasi objetivo, al contemplarse estados de riesgo creado, es decir, no existente pero que se aporta a la vida social por el haber voluntario de determinada persona o entidad, lo que encuentra fundamento en Justicia efectiva al concentrar la responsabilidad en quien crea riesgo.

Las actuaciones publicitarias no son en sí totalmente neutras o inocuas, ya que pueden resultar enormemente ofensivas y perjudiciales por las consecuencias económicas graves que suelen ocasionar cuando no se observan elementales principios de ética y, en todo caso, la normativa que las disciplina. Su misma dinámica la hace en sí actividad de riesgo, en la que cabe la previsibilidad y exige el necesario control, la actuación más diligente y el imprescindible cuidado y sobre todo el respeto a los derechos ajenos. Debe evitarse, sin excusa alguna, la creación de situaciones conflictivas, daños y perjuicios por un uso no adecuado de la misma.

COMPRAVENTA: ES ACONSEJABLE SU RESOLUCION CUANDO SE DA UN IMPAGO PROLONGADO E INJUSTIFICADO. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina más reciente de esta Sala viene proclamando que la resolución, a tenor del artículo 1 504, no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuirse una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó y siendo aconsejable la resolución en los que concurren el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico

que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable asimismo mantener el pacto en homenaje a la voluntad contractual cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa (SS. de 12 de mayo de 1988, 21 de julio de 1990 y 2 y 16 de julio de 1991, entre otras.)

LAS SENTENCIAS DEBEN SER CLARAS Y PRECISAS. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —Lo denunciado es un error aritmético importante y detectable, con trascendencia influyente, y si bien la doctrina de esta Sala ha determinado que el cauce subsanador adecuado no era precisamente el recurso de casación, pues se podría obtener el resultado rectificador en trámite de ejecución de sentencia, tal doctrina no es de aplicación al supuesto presente y en todo caso no lo incluye, en cuanto es trascendental a la parte dispositiva de la sentencia, ya que las sentencias deben ser no sólo claras y congruentes, sino también precisas.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES APLICABLE LA PRORROGA PREVISTA EN LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª LAR POR NO TRATARSE DE CULTIVADOR PERSONAL. (SENTENCIA DE 16 MAYO DE 1990.)

El Juzgado de San Lorenzo del Escorial desestimó la demanda, pero la Audiencia de Madrid revocó la anterior.

No prospera la casación. El arrendamiento es anterior a la entrada en vigor de la Ley de 1980 y el arrendatario no es cultivador personal. En consecuencia, no le son aplicables las prórrogas sucesivas que hasta veintinueve años recoge la disposición transitoria 1.ª, regla 1.ª, párrafo 2.º, de la Ley de 1980. Los documentos que acreditan el carácter de cultivador personal han sido emitidos por el Ayuntamiento y la Cámara Agraria de localidad distinta del lugar de la finca, sita incluso en provincia limítrofe, cuyo valor no supera el de unas simples afirmaciones de testigos no sometidos al principio procesal de contradicción, siendo las fechas distintas al tiempo del contrato y su contenido no se refiere a que el cultivo personal se lleve a cabo en la finca de autos. El contrato lleva fecha de 3 de enero de 1981, anterior a la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Rústicos, publicada el 30 de enero de 1981, por lo que la duración sería la de la legislación anterior si el cultivador fuera personal, lo que hemos visto que no ocurre en este caso, no procediendo las prórrogas previstas en la disposición transitoria 1.ª

DESAHUCIO.—NI LA VIUDA NI LOS HIJOS QUE CON ELLA CONVIVEN SON PROFESIONALES DE LA AGRICULTURA, VIVIENDO LEJOS DE LA LOCALIDAD DONDE SE HALLA LA FINCA Y DEDICANDOSE A OTRAS ACTIVIDADES (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1990.)

El Juzgado de Naval Moral estimó la demanda y la Audiencia de Cáceres rechazó la apelación.

Tampoco triunfa la casación. La sentencia recurrida parte de que la demandada, viuda del arrendatario fallecido, carece del carácter de profesional de la agricultura, como exige el artículo 15 LAR. Ni ella ni los hijos que con ella conviven son agricultores profesionales, puesto que viven lejos de la localidad donde se halla el inmueble arrendado y se dedican a otras ocupaciones diferentes, siendo aplicado correctamente el artículo 76 1.ª, es decir, «perder el arrendatario su condición de profesional de la agricultura» o, lo que es lo mismo, no haber poseído tal condición.

RETRACTO.—NO EXISTEN LIMITACIONES PARA ARRENDAR AL QUE HA HIPOTECADO UNA FINCA. LA ACCION RESOLUTORIA QUE PUEDE EJERCITAR EL ADQUIRENTE POR ADJUDICACION DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA NO PUEDE IMPEDIR EL ACCESO A LA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO MEDIANTE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO. LA REGLA 17 DEL ARTICULO 131 SOLO PROCEDE EN CASOS DE MALA FE O DE FRAUDE. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1990.)

El Juzgado número 2 de Cáceres desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Territorial.

Triunfa la casación. La sentencia impugnada entiende que el arrendamiento posterior a la hipoteca que se ha ejecutado por el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se ha extinguido al tiempo de producirse la adjudicación. Es doctrina de la Sala que, a efectos de retracto, la condición de arrendatario ha de poseerse al tiempo de la enajenación o transmisión de la finca a título oneroso, carácter que concurre en la adjudicación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. El problema que se plantea es que en el régimen del Código todo arrendamiento se extingue por resolución del derecho del arrendador, como ocurre en el caso del usufructuario y en la norma general del artículo 1.571 del Código Civil, que no es aplicable a los arrendamientos regidos por leyes especiales, según reiterada jurisprudencia que declara también que si el dueño del predio revela su intención de que el contrato continúe, no puede después ampararse en el artículo 1.571 para ejercitar la acción de desahucio. El arrendamiento de este supuesto está sometido a la legislación especial, ya que se otorgó en 1984 y tenía una duración mínima de seis años, aún no transcurridos, cuando se trata de ejercitar el retracto. Ninguna de las limitaciones que se ponen en la Ley para dar fincas en arrendamiento pueden aplicarse al propietario que tenga la finca hipotecada. Tampoco puede deducirse de los hechos intención fraudulenta que haría nulo el acto, pues ni se ha acreditado ni se ha alegado específicamente. El artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Urbanos faculta al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento, sin perjuicio de las acciones que corresponden a los arrendatarios, lo que ha de entenderse como voluntad de la Ley de respetar el acceso a la propiedad del arrendatario y, dentro de ellos, el derecho de retrac-

to, pudiendo el arrendatario instar la resolución siempre y cuando los arrendatarios no utilizasen su derecho de retraer en tiempo y forma, lo que ocurre en este caso, debiendo acoger los motivos de casación. La regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria sólo puede aplicarse por analogía en supuestos de mala fe o fraude, ya que, en otro caso, ha de considerarse que los arrendamientos estipulados por el dueño persisten después de la ejecución de la hipoteca, concepción de la que parece partir el artículo 219 del Reglamento Hipotecario dado el destino y función social connaturales a las propias fincas. Si los derechos del acreedor hipotecario pueden verse defraudados por el arrendamiento, no menor fraude puede cometerse por el deudor hipotecario contra los profesionales de la agricultura si se les negase el derecho de retracto sin que los adquirentes en pública subasta sufran más perjuicio que el derivado del propio derecho de retracto que, según la Sentencia de 19 de febrero de 1968, no puede enervarse por la consideración de los otros principios del Derecho privado, es decir, en este caso por aplicación de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, con independencia de la existencia de fraude conforme al artículo 31 del Código Civil.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—EL HIJO DEL ANTERIOR ARRENDATARIO REALIZO UN NUEVO CONTRATO, CON LO QUE SE PRODUCE LA NOVACION EXTINTIVA DEL QUE CONCERTO SU PADRE, EXTINGUIÉNDOSE LOS DERECHOS QUE PUDIERA TENER COMO CAUSAHABIENTE DEL «DECUIUS». (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1990.)

El Juzgado de Martos desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No prospera la casación. El padre del actor era arrendatario desde 1980, debiendo expirar el contrato en 1986, falleciendo en 1985, y desde esa fecha, hasta que se estipuló el nuevo contrato, no existe constancia de que se privara a sus sucesores de las tierras arrendadas, presumiéndose que éste seguía surtiendo efectos, pudiendo hacer valer el recurrente que era colaborador de su padre esta circunstancia, y fue en diciembre de 1986 cuando efectuó la renuncia, haciendo ya seis meses desde el contrato cuya anulación postula, habiendo desaparecido, por tanto, la condición de sucesor de su padre al concertar nuevo contrato sobre las mismas fincas, por lo que no puede actuar contra sus propios actos, que se realizan meses antes de expirar el primer contrato, sin que se impugnase por la madre, que, por el contrario, declina a su favor sus derechos de sucesión, cuando ya se había constituido la nueva relación arrendaticia. No pueden subsistir los dos contratos, porque esa concurrencia es imposible, ya que recae sobre las mismas fincas y es la misma persona la que las explota, sin perjuicio de que, en su origen, los arrendadores fueran personas distintas de la que luego suscribió el contrato, pudiendo afirmarse que el interesado efectuó una especie de novación extintiva por la correspondiente incompatibilidad obligacional de su posición primitiva o al sustituirla por la nueva locación, lo que extingue todos los derechos que podrían proceder de su condición por ser causahabiente del *decius* a la vista del artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como legítimo y además como cooperador de hecho de sus padres y como profesional de la agricultura. El demandante al concertar un nuevo contrato absorbe y elimina su posición jurídica originaria y, por tanto, todos los derechos que podrían corresponderle por ser heredero del causante.

ADQUISICION FORZOSA DE FINCAS RUSTICAS.—EL RECURRENTE NO ERA ARRENDATARIO, SINO ADMINISTRADOR O ENCARGADO DE LAS FINCAS QUE PRETENDE ADQUIRIR. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1990.)

El Juzgado de Motilla estimó la demanda, pero la Audiencia de Albacete revocó la anterior.

No procede la casación. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia, considerando que el actor no probó su carácter de arrendatario de las fincas que describe en su demanda, ya que de la prueba practicada se deduce que el recurrente fue encargado o administrador de dichas fincas sin ostentar la condición de arrendatario, considerando la Sala de apelación que la actuación del actor no se encaminó a una pequeña parcela que cultivaba, sino a un enriquecimiento excesivo a costa de la propiedad. El certificado de la Cámara Agraria no acredita los elementos esenciales del contrato ni de él se deduce la cualidad de arrendatario del recurrente, puesto que no es suficiente que se afirme por un contrato administrativo cuando no se corrobora por las demás pruebas y se trata, en definitiva, de documentos que informan sobre datos cuya fehaciencia no consta en los archivos o documentos preexistentes, lo que les priva del carácter de prueba documental.

RETRACTO.—EL RETRAYENTE TIENE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL Y DIRECTO, SEGUN SE DEDUCE DEL CONJUNTO DE LA PRUEBA PRACTICADA. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1990.)

El Juzgado de Don Benito estimó la demanda y la Audiencia de Cáceres rechazó la apelación.

No tiene éxito la casación. El carácter de presupuesto procesal que supone el acto de conciliación según el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha desaparecido como consecuencia de la Reforma de 1984, que le atribuye carácter facultativo en toda clase de procesos. Para expedir la certificación de Cámara Agraria que prueba el carácter de cultivador personal del retrayente se tuvieron en cuenta no sólo los datos que obraban en dicha Cámara, sino también los obtenidos por el conocimiento directo que se tenía de las circunstancias que en la misma se hicieron constar. De otra parte, formado el convencimiento de la Sala acerca de la condición de cultivador personal y directo del retrayente a través del conjunto de la prueba practicada y apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, no se puede impugnar la valoración conjunta de la prueba por la aislada consideración de uno solo de los medios probatorios examinados.

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO ESTA SOMETIDO A LA LEY DE 1980, POR LO QUE SE INCURRIO EN FRAUDE PROCESAL AL SEGUIR LOS TRAMITES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, RESERVADOS PARA LOS CASOS DE FALTA DE PAGO. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1990) .

El Juzgado número 3 de Santander desestimó la demanda y la Audiencia anuló las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado a partir de la providencia de 6 de febrero de 1986, reponiendo las actuaciones al momento en que se cometió la falta.

No tiene éxito la casación. La acción de desahucio se funda en la comisión de daños a la finca (arts 1555 y 1.556 CC) y la expiración del plazo (art 1.569), a lo que opone el demandado que el arrendamiento está sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo el arrendatario cultivador directo y personal; y como la demanda se presentó en 14 de enero de 1986, las cuestiones planteadas deben resolverse por las normas del juicio de cognición y no por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reservados a los casos de falta de pago, según el artículo 128 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que se ha incurrido en fraude procesal del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, procediendo declarar de oficio la nulidad. Con la elección del proceso de desahucio de los artículos 1.589 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aparta el arrendatario de la legislación protectora especial y se entiende que la expiración del plazo pactado es suficiente para decretar la extinción, con lo que se subraya, al socaire de una inadecuada norma adjetiva, el desconocimiento de los indiscutibles derechos que asisten a la contraparte.

DESAHUCIO.—EL ARRENDATARIO NO TIENE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL Y DIRECTO Y NO PUEDE EJECUTARSE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA ENTREGA DE LA FINCA SI NO SE INDEMNIZA AL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1990.)

El Juzgado de Antequera estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. El arrendatario no tiene la condición de cultivador personal en los términos del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, según la sentencia recurrida, lo que no se ha impugnado en casación. Tampoco puede admitirse que no tenga efecto la resolución si al arrendatario no se le indemniza la valoración de los barbechos, ganado y maquinaria, porque la cláusula contractual no supedita la resolución a dicha entrega, sino que lo que dice que la sentencia no es ejecutable sin el previo pago de tales indemnizaciones, que serán determinadas en la fase de ejecución de la mencionada sentencia, conforme a las bases fijadas en el contrato. Tampoco puede admitirse la denegación de la prórroga por la intención de cultivarla el hijo de la actora, ya que la demanda no viene fundamentada en la extinción del vínculo arrendatario por ejercicio del derecho conferido por el artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino en la expiración del plazo contractual del artículo 83 de la misma Ley.

EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO.—EL MATRIMONIO ARRENDADOR REALIZO LA NOTIFICACION FEHACIENTE DE SU PROPOSITO DE EFECTUAR EL CULTIVO DIRECTO DE LA FINCA CON LA ANTELACION LEGAL PREVENIDA, EXPRESANDO SUS RAZONES DE OPOSICION A LA PRORROGA. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1990)

Tanto el Juzgado número 4 de Córdoba como la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda.

Tampoco prosperó la casación. Deseando cultivar las fincas, los arrendadores directamente a la terminación del plazo contractual, se promovió pleito

para obtener el desahucio del arrendatario. El recurso se funda en que los actores antes habían demostrado su deseo de prorrogar la relación arrendatatoria, pero la doctrina de esta Sala dice que los actos propios, para ser expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo la situación jurídica del autor de los mismos. El Tribunal *a quo* aplicó esta doctrina, ya que en ningún momento se acreditó el acuerdo verbal de haber renunciado los arrendadores a su propósito de extinguir el arriendo. Tampoco tiene importancia el que haya pasado algún tiempo desde la expiración del plazo contractual hasta la interposición de la acción resolutoria, ya que no existe disposición que establezca un tiempo determinado para el ejercicio de la acción denegatoria de la prórroga. El ejercicio de la acción de desahucio por falta de pago y el de la resolutoria no son incompatibles, no demostrando el matrimonio arrendador con su manera de actuar que su voluntad fuera la de continuar el contrato. Consta en autos que el arrendador llevó a efecto la notificación fehaciente de su propósito al arrendatario y lo hizo con la antelación legal prevenida en relación con la expiración del plazo contractual, expresando además las razones de su oposición a la prórroga, observando los principios de los artículos 26 y 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

RETRACTO.—NO PROCEDE EL RETRACTO CUANDO SON DOS DE LOS SEIS ARRENDATARIOS LOS QUE LO EJERCITAN EN SU PROPIO PROVECHO, NO VERIFICANDOLO LOS RESTANTES COARRENDATARIOS. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1990.)

El Juzgado número 11 de Madrid admitió la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

Triunfa la casación. El derecho de retracto viene atribuido al arrendatario que ocupa el local arrendado, pero en este caso resulta que la parte arrendataria está integrada por seis personas y sólo dos demandan, por lo que al no existir una titularidad y posesión únicas no están legitimados los dos arrendatarios para ejercer un derecho de retracto que la Ley exclusivamente reconoce al titular arrendatario que ocupa el local por sí solo. Cuando una cosa o derecho corresponde por cuotas a varias personas sin que ningún otro tenga derecho privativo a toda la cosa, es la comunidad la que, a través de sus componentes, disfruta de la cosa o derecho como verdadero y único titular. Se puede ejercitar por alguno en nombre de todos, pero no para beneficio exclusivo del comunero que lo ejercita, actuando como persona individual fuera de la comunidad y aunque se pudiera entender que había sido renunciado por la otra, esta renuncia ha de ser justificada. En este sentido se ha de interpretar el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como reconoce la STS de 13 de julio de 1956, corroborándolo el artículo 37 de la misma Ley por analogía al disponer, para el supuesto de traspaso, que los coarrendadores no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto individualmente.

REVISION DE RENTA.—ES IDONEO EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY ESPECIAL PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN. NO SE COBRA EL AUMENTO DE LA RENTA CON EFECTO RETROACTIVO SINO A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN, POR

LO QUE NO EXISTE ABUSO DE DERECHO NI FALTA LA BUENA FE.
(SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1990.)

El Juzgado número 10 de Madrid estimó la demanda, rechazando la Audiencia la apelación.

Triunfa la casación. El contrato tenía una cláusula de estabilización conforme al índice del coste de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística. Notificado el aumento de renta, se opuso el arrendatario y el Juzgado estimó inadecuado el procedimiento en cuanto a la petición de que se condene al pago de las diferencias desde agosto de 1985. La más reciente jurisprudencia (SS. de 20 de octubre de 1984, 19 de julio de 1985 y 27 de octubre de 1986) ha admitido que se tramite por el procedimiento especial este tema de las cláusulas de estabilización, pues aunque se reclamen las rentas devengadas, parece que el núcleo de la discordia es la cláusula de estabilización, por lo que debe concluirse que el procedimiento es el adecuado y desestimarse la inadecuación del mismo. Parece obvio que remitir a un nuevo procedimiento frustraría el principio constitucional de la tutela judicial efectiva al no darse respuesta eficaz a problemas conexos y accesorios, cayendo en un peregrinaje de procedimientos que trata de evitar la jurisprudencia señalada al considerar idóneo el procedimiento especial para resolver los problemas de las cláusulas de estabilización. El cobro de la renta no se realiza retroactivamente, sino que sólo tiene efecto desde agosto de 1985, lo que implica un beneficio para el arrendatario que durante siete años ha pagado menos de lo pactado, es decir, que debía pagar el período siguiente a la notificación, por lo que no comete abuso de derecho ni se coloca en situación carente de buena fe quien acude al remedio jurídico que las propias partes habían pactado. En el contrato se establece una cláusula de estabilización, pero no se limita la revisión al último año de los siete que se acumulan para fijar la renta futura, pues a ello sólo puede llegarse si se analiza aisladamente un párrafo de la cláusula y no el contexto de la misma.

RETRACTO —NO PROCEDE POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE SOLAR AL QUE NO ES APLICABLE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. LA CALIFICACION DEL CONTRATO HA DE REALIZARSE EN LA FECHA DE LA CONSTITUCION DEL CONTRATO, AUNQUE DESPUES HAYA VARIADO SU OBJETO POR HABER CONSTRUIDO EN EL SOLAR ARRENDADO. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1990.)

Estimó la demanda el Juzgado número 3 de Burgos, pero revocó la Audiencia de la misma capital.

No prospera la casación. Lo arrendado fue un solar y con posterioridad el actor levantó un pabellón industrial e instaló en su interior muebles y aparatos para desarrollar una actividad negocial. Existe el testimonio de uno de los copropietarios del solar en el que se hace constar que en la fecha del arrendamiento (1953-54) lo arrendado era un simple solar, desnudo de construcción. La Ley de Arrendamientos Urbanos es inaplicable a los arrendamientos de solares, aunque después el arrendatario haya construido un edificio habitable. Esta Sala ha declarado que la calificación del contrato ha de retraerse a la fecha de la constitución del arrendamiento, que es cuando se entrega la cosa, cuyo uso se cede y se fija la renta y las edificaciones construidas por el

arrendatario en su propio uso o beneficio para lo que fue autorizado no alteran este criterio conceptual durante la vigencia del contrato, aunque se introduzca un nuevo arrendatario con aumento de renta, porque queda subsistente el contrato en lo referente a la cosa, objeto arrendaticio, y por tanto no existe novación extintiva (S. de 6 de marzo de 1968), y el momento de la celebración es decisivo para calificar la naturaleza de la cosa arrendada a pesar de las obras realizadas por el arrendatario para el desarrollo de la actividad mercantil o industrial (SS. de 12 de abril y 22 de diciembre de 1983, y 27 de marzo de 1985).

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO —LAS OBRAS REALIZADAS ESTABAN COMPRENDIDAS EN LAS AUTORIZADAS POR EL ARRENDADOR PARA VERIFICAR LA UNION DE LOS TRES LOCALES ARRENDADOS (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1990)

El Juzgado número 1 de Palma estimó la demanda, confirmando la Audiencia de esta capital.

Prospera la casación Para la sentencia las obras entrañan cambio de la configuración sin consentimiento, pero la solución ha de ser negativa atendidas las circunstancias del caso porque los sucesivos adquirentes por traspaso de los locales contiguos obtuvieron autorización para unir los tres locales y la escasa entidad que la desaparición de los dos tabiques reúne para la totalidad del local, que ambas partes decidieron que fuera uno, unido a la fecha de las obras, su carácter manifiesto y la presencia de la propietaria permiten entender que estaban comprendidas en la autorización de la unión de los tres locales arrendados, con el compromiso de devolverlos, en su día, en la forma primitiva.

TRASPASO ILEGAL.—NO PUEDE CONSIDERARSE AUTORIZACION PARA EL TRASPASO LA CARTA DE LA ARRENDADORA AL ABOGADO DE LA ARRENDATARIA PORQUE LO UNICO QUE PRUEBA ES QUE, EN 1985, LA ARRENDADORA ESTABA DISPUESTA A REALIZAR UN NUEVO CONTRATO, QUE NO LLEGO A VERIFICARSE. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1990.)

El Juzgado número 5 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó declarando resuelto el contrato

No procede la casación. El local aparece ocupado por una entidad distinta de aquella a la que se arrendó, sin autorización del dueño. No basta para desvirtuar estos hechos la carta de la arrendadora al Abogado de la arrendataria, ya que lo único que prueba es que en 1985 aquélla estaba dispuesta a que se hiciera un nuevo contrato en el que aparece como arrendatario el nuevo, pero no prueba que dicho contrato llegara a celebrarse, continuando vigente el de 1980 La sentencia declara probado que la arrendataria es una entidad y quien se halla en la posesión del local es una persona individual como concesionario de «Mercedes Benz», por lo que la Sala de instancia ha procedido correctamente al aplicar a la misma la causa 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que posibilita la resolución del arrendamiento por traspaso del local, realizado sin cumplir los requisitos legales

RECLAMACION DE CANTIDAD.—NO PROCEDE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADA POR EL ARRENDATARIO POR LA NO ADECUACION DEL LOCAL ARRENDADO A SU DESTINO. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1990.)

Tanto el Juzgado número 17 de Madrid como la Audiencia rechazaron la demanda.

Tampoco prospera la casación. Las obras de adaptación del local estaban terminadas el 15 de enero de 1986 y los detalles pendientes no fueron óbice para que la actora entrase en el disfrute de lo arrendado y así lo hizo. No se prueban las perturbaciones de hecho y la no realización por el arrendador de las reparaciones necesarias y la falta de prestación de los servicios propios del local arrendado, habiéndose probado que la arrendadora ha dado el goce y disfrute de la finca. Por consiguiente, no procede la indemnización de daños y perjuicios reclamada por el arrendatario-actor por la no adecuación del local arrendado a su destino.

C. R. R.

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

RECURSO DE REVISION.—ES DE NATURALEZA EXTRAORDINARIA Y SOLO ES VIABLE EN LOS CASOS Y PLAZOS TAXATIVAMENTE DETERMINADOS POR LA LEY, Y ESTOS INTERPRETADOS SIEMPRE CON CARACTER RESTRICTIVO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Hechos —Se presenta recurso de revisión contra una sentencia firme de la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual confirmaba en todas sus partes la de Primera Instancia, dictada en un procedimiento de menor cuantía, sobre declaración de propiedad, cancelación de inscripciones registrales y otros extremos.

Se alega como motivo o supuesto del recurso el número 1.º del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual «habrá lugar a la revisión de una sentencia firme si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»; y se intenta fundamentar la impugnación de la sentencia firme aportando una serie de documentos procedentes de unos Registros Públicos y obtenidos a virtud de certificaciones solicitadas después de la fecha de la sentencia que se combate.

El Tribunal Supremo DESESTIMA el recurso de revisión en base a la siguiente

Doctrina.—Los documentos aportados y que se han recobrado después de recaída la sentencia firme, de ninguna forma han sido detenidos por fuerza

mayor ni por obra de la parte contraria, puesto que los datos que contienen estaban, y siguen estando, en el Catastro de Rústica, en el Catastro de Urbana, en el Avance Catastral del año 1951, en los Archivos del Patronato Laboral «Francisco Franco» de Oviedo. Como lealmente reconoce la parte recurrente, se trata de una «investigación» efectuada después de dictada la sentencia de apelación, investigación que pudo haber estado revestida de ciertas dificultades inquisitivas, pero que de ninguna forma es equiparable al precepto que contempla la Ley, y aclara la jurisprudencia, en el sentido de que la indisponibilidad de los documentos debe proceder exclusivamente de la fuerza mayor o de la obra de la parte contraria.

En este recurso, realmente se ha pretendido efectuar un nuevo examen de las cuestiones que ya fueron objeto de un proceso, en el que recayó una sentencia que adquirió firmeza y que se hace preciso mantener por el principio de la presunción de la verdad de la cosa juzgada; intangibilidad que sólo puede ser destruida cuando taxativamente se dé alguno de los supuestos comprendidos en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interpretados con el carácter riguroso que exige la doctrina constante de esta Sala.

RECURSO DE REVISION.—LA ESTIMACION DEL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL REQUIERE: 1) QUE EL DOCUMENTO SEA DECISIVO; 2) QUE SE RECOBRE DESPUES DE DICTADA LA SENTENCIA, Y 3) QUE NO SE HUBIESE PODIDO RECUPERAR ANTES POR CAUSAS DE FUERZA MAYOR O POR MAQUINACIONES DE LA CONTRAPARTE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos.—El 20 de enero de 1987 se presenta demanda de revisión solicitando se declarase nula y rescindida la Sentencia dictada en casación por la propia Sala en 25 de junio de 1986.

El fundamento principal de esta Sentencia de 25 de junio de 1986 radicaba en declarar la nulidad de un testamento por el defecto formal sustancial de no consignar la hora de su otorgamiento. Todas las copias del citado testamento que se incorporaron a los autos carecían de esta expresión sustancial, pero con la demanda de revisión se presenta una copia de fecha 25 de octubre de 1986 que sí contiene la expresión de la hora de otorgamiento del citado testamento; y esto es lo que se alega como fundamento del recurso al amparo del número 1º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo declara procedente el recurso de revisión solicitado en base a la siguiente

Doctrina.—1) Las excepciones procesales de defecto legal en el modo de proponer la demanda (no aportar con la demanda la sentencia cuya rescisión se pretende) y la falta de litisconsorcio pasivo necesario (no haber traído a autos a todas las personas que pudieran tener un interés directo en el pleito principal), alegadas por la parte recurrida como oposición previa al recurso son rechazadas por el Tribunal, aduciendo como argumentos la simple cita literal del artículo 1 801.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que preceptúa: «una vez presentado el recurso el Tribunal llamará a sí todos los antecedentes del pleito, cuya sentencia se impugna, y mandará emplazar a cuantos en él hubieren litigado o sus causahabientes, para que dentro del término de...»; es

decir, la Sala tiene una primera obligación de recabar todos los antecedentes del pleito en cuestión y de emplazar sólo a las personas que en él hubieren litigado o sus causahabientes.

2) Entrando ya en el estudio de los motivos de revisión, declara el Tribunal Supremo que el falseamiento de la verdad que contienen las copias del testamento y que sirvieron de base a la Sentencia primitiva dictada en casación el 25 de junio de 1986 solamente pudo obedecer a dos causas: a un error o falta de cotejo de las copias con la matriz al momento de su expedición, o a un primitivo defecto en la matriz subsanado posteriormente, tesis esta última no probable después del sobreseimiento de la causa penal.

Pero de cualquier forma que fuese, el hecho incuestionable es que tal anomalía documental fue la causa principal y única que determinó el sentido de la resolución, cuya rescisión ahora se pretende.

Y no es menos cierto que el dislate se produjo por fuerza mayor o, al menos, por causas extrañas a la voluntad del recurrente, cuya subsanación no estuvo en ningún momento a su alcance, habiendo recuperado o conocido la existencia del falseamiento después de pronunciada la sentencia, cuya orientación hubiera sido distinta de haberse conocido la verdad. Las razones expuestas llevan a la estimación de las tres condiciones que exige la jurisprudencia para que se dé el motivo 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea: que el documento fuese decisivo, que se recobre después de la sentencia y que no se hubiera podido recuperar antes por causa de fuerza mayor o por maquinaciones de la contraparte, debiendo únicamente entenderse el término recobrar y recuperar en el sentido de conocer, poder disponer del mismo o haber desaparecido los obstáculos que impedían su utilización.

RECURSO DE REVISION.—NO ES UNA NUEVA INSTANCIA. LA MAQUINACION FRAUDULENTE DEL NUMERO 4 DEL ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL HA DE TENER POR RESULTADO LA INDEFENSION DEL RECURRENTE. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1993).

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.

Hechos.—Se interpone recurso de revisión contra una sentencia firme dictada por el Juzgado de Distrito número 13 de Barcelona, en juicio de desahucio, instado por «Iconoplastic, S.A.», contra J. F. C., y que acordó el desahucio del demandado.

Este demandado, J. F. C., recurre ahora en revisión alegando el incumplimiento por parte de la entidad arrendadora de sus obligaciones contractuales, por un lado, y, por otro, el incumplimiento de pactos relativos a no seguir el juicio de desahucio y, posteriormente, el lanzamiento en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de revisión en base a la siguiente

Doctrina.—1.º El recurso de revisión no es una nueva instancia y a él no cabe acudir por quien pudo hacer lo que en él invoca en la vía ordinaria. Este es el caso del demandado, ahora recurrente en revisión, J. F. C., quien no compareció en el juicio de desahucio y dejó firme la sentencia, pese a haber sido citado y emplazado en legal forma. En tal juicio pudo perfectamente

exponer para su resolución los agravios contra la entidad arrendadora o en otro declarativo.

2.º Los hechos alegados en esta revisión no son constitutivos de la maquinación que recoge como causa para obtenerla el artículo 1.796.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues los mismos han de tener por resultado la indefensión del recurrente. Esta última circunstancia no se aprecia en absoluto que se haya producido en los autos terminados con sentencia objeto de la revisión, pues el demandado y ahora recurrente fue legalmente notificado, citado y emplazado en todas las actuaciones.

RECURSO DE REVISION.—A) EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD Y REQUIERE DE MODO INEXCUSABLE LA FIJACION POR EL RECURRENTE DEL ELEMENTO TEMPORAL «DIES A QUO». B) LA MAQUINACION FRAUDULENTE PRECISA LA PRUEBA CUMPLIDA DE HECHOS QUE EVIDENCIEN QUE LA SENTENCIA HA SIDO GANADA POR MEDIO DE ARDIDES O ARTIFICIOS TENDENTES A IMPEDIR LA DEFENSA DEL ADVERSARIO. C) ES DE NATURALEZA EXTRAORDINARIA Y EXCEPCIONAL. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente. Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos —«Inmobiliaria URBIS, S.A.», promovió contra Jesús López Pérez juicio verbal de desahucio por falta de pago de las rentas.

Como el demandado era desconocido en el domicilio señalado, se comunicó a la actora, quien solicitó nuevo señalamiento, practicándose la citación esta segunda vez en los estrados del Juzgado.

El 20 de diciembre de 1990 se dicta sentencia estimatoria de demanda.

El 1 de agosto de 1991 presenta don Jesús López Pérez demanda de revisión con base al número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al entender que había ganado la sentencia injustamente en virtud de maquinación fraudulenta, «habiendo descubierto el fraude en mayo de 1991, momento en que fue conocido el efecto de desahucio decretado.., siendo lo cierto que la falta de pago se debió a un error del Banco donde estaban domiciliados los recibos, donde la «Inmobiliaria URBIS, S.A.», podía haber obtenido sus señas y no dirigir la demanda contra persona cuyo domicilio actual se ignora».

La Sala desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—A) El plazo para interponer el recurso de revisión es el de tres meses, contados desde el día en que se descubriese el fraude, siendo tal plazo de caducidad, lo que requiere de modo inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con absoluta claridad y precisión, cosa que ni siquiera se ha intentado.

B) La maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que por sí mismos evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardis o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concorra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial. Pero en este caso el recurrente no ha probado ninguna de sus alegaciones, ni siquiera que su domicilio pudiera haberse obtenido consultando al Banco y los emplazamientos aparecen practicados conforme a las prescripciones contenidas en la Ley para el juicio verbal del desahucio por falta de pago.

C) Finalmente, el recurso de revisión, dada su naturaleza extraordinaria

y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para interponerlo por normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados, debiendo realizarse la interpretación de dichos supuestos con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho.

COMPETENCIA TERRITORIAL.—AL EJERCITARSE UNA ACCION PERSONAL DERIVADA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL EN RECLAMACION DEL PRECIO DE LA MISMA, NO EXISTIENDO SUMISION EXPRESA O TACITA Y NO CONSTANDO SI LAS MERCANCIAS VIAJARON POR CUENTA Y RIESGO DEL VENDEDOR O COMPRADOR, ES COMPETENTE EL ORGANO JURISDICCIONAL DEL LUGAR DONDE EL VENDEDOR TIENE SU ESTABLECIMIENTO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales

Hechos —Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Bañeza se presenta demanda de juicio de cognición formulada por la entidad mercantil «Embutidos Rodríguez, S.L.», con domicilio en Soto de la Vega (partido judicial de La Bañeza), contra don Luis Sánchez Toirán, vecino de Lugo, en reclamación de pago del precio de una compraventa mercantil.

Planteada cuestión de competencia positiva, el Tribunal Supremo declara competente al Juzgado de Primera Instancia de La Bañeza en base a la siguiente

Doctrina —Al ejercitarse en el proceso a que se refiere esta cuestión de competencia una acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil, en reclamación del precio de la misma, no existiendo sumisión expresa o tácita y no constando si las mercancías viajaron por cuenta y riesgo del vendedor o del comprador, debe atribuirse la competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el vendedor tiene su establecimiento, por entenderse, en principio, que en él fueron entregadas las mercancías y en él debe satisfacerse el precio a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.500 del Código Civil, en relación con la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMPETENCIA TERRITORIAL.—EL PACTO DE SUMISION A FUERO DEBE EMITIRSE DE FORMA CONSCIENTE Y LIBRE, LO QUE REQUIERE UNA EXPRESION BILATERAL, CLARA, PRECISA Y EXPLICITA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos.—Se plantea conflicto de competencia positivo por inhibitoria entre dos Juzgados de Primera Instancia, Pamplona y Madrid, con motivo de una demanda sobre reclamación de cantidad interpuesta en juicio de cognición por A., S.A., contra B., S.A.

El contrato causa de la demanda es de una gran sencillez y claridad. En el anverso del documento figuran los nombres de los contratantes, direcciones, objeto del contrato, plazo de entrega, garantía y precio, rellenando los espacios para ello acotados, terminando con la frase «las partes, de acuerdo con las cláusulas especificadas al dorso, se obligan al leal cumplimiento de cuanto antecede y lo firman en Pamplona»

En dicho dorso figuran ocho cláusulas impresas breves, sin ninguna dificultad de comprensión, siendo la última la de sometimiento a los Tribunales de Madrid y renuncia al propio fuero, que se abarca con una simple mirada, destacando incluso por su situación.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión de competencia planteada declarando competente para resolver el litigio al Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en base a la siguiente

Doctrina.—El pacto extraprocesal y previo al proceso, dispositivo de la competencia territorial y referido a una relación jurídica concreta, incluido normalmente en el otorgamiento del propio negocio, ha de interpretarse, cuando surge el conflicto, partiendo de la literalidad de la cláusula, pero buscando la intención de las partes y si el pacto se asumió de forma consciente y libre, lo que requiere una expresión bilateral, clara, precisa y explícita, para que quien lo firma no pueda después desdecirse de lo pactado y evitar sus consecuencias.

A pesar de la tendencia tanto legislativa como jurisprudencial, limitadora de la prorrogabilidad de la competencia territorial, ya para evitar la indefensión, bien por la indisponibilidad del objeto litigioso, ora para facilitar la ejecución; señala el Alto Tribunal que, no obstante lo anterior, si en presente caso no hay confuso contrato de adhesión y los contratantes se encuentran en el mismo plano, el negar después la sumisión implica faltar a la buena fe con que se ejecutarán y cumplirán los contratos de comercio, según mandan el artículo 57 del Código de Comercio y la siempre exigible lealtad procesal.

COMPETENCIA TERRITORIAL.—EN EL CASO DE ACCIONES ACUMULADAS, EL FUERO TERRITORIAL DE LA ACCION PRINCIPAL SE IMPONE A LAS ACCESORIAS. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Hechos.—Se suscita cuestión positiva de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia de Marbella y San Sebastián.

La demanda del asunto causal se dirige contra la contratista de unas obras y servicios y vendedora de una nave industrial, y contra la compañía aseguradora, según estipulaciones consignadas en los documentos contractuales de las sumas entregadas en supuestos de incumplimiento.

El Juzgado de San Sebastián mantiene su competencia sobre la tesis de que el artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro establece el fuero legal para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro, el del domicilio del asegurado

El Juzgado de Marbella mantiene su competencia entendiendo que debe prevalecer el pacto expreso de sumisión a los Tribunales de Marbella que aparece en el contrato causal

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión de competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia de Marbella en base a la siguiente

Doctrina.—En el caso de acciones acumuladas el fuero territorial de la acción principal se impone a las demás

En este caso el contrato de seguro es accesorio y sólo entra en juego ante el incumplimiento del contrato principal a que se refiere el litigio.

Los pronunciamientos principales versan sobre el incumplimiento de los contratos que son los que abren la reclamación acumulada contra la compañía de seguros. Por lo tanto debe prevalecer el fuero convencional establecido en los contratos y no la regla del artículo 24 Ley de Contrato de Seguro y, por ello, atribuir la competencia para el conocimiento de ambas acciones al Juzgado de Marbella.

CUESTION DE COMPETENCIA —PARA QUE QUEDE PLANTEADA UNA CUESTION POSITIVA DE COMPETENCIA TERRITORIAL ENTRE DOS ORGANOS JUDICIALES DE ORDEN CIVIL ES REQUISITO INELUDIBLE QUE TALES ORGANOS DISCORDANTES NO CONSIGAN PONERSE DE ACUERDO ACERCA DE CUAL DE LOS DOS ES EL COMPETENTE (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

Hechos.—Se insta un juicio ejecutivo con base a unas letras de cambio ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Burgos.

La demandada promovió inhibitoria por entender que la competencia territorial para conocer del referido juicio ejecutivo correspondía a los Juzgados de Logroño por estar en dicha ciudad domiciliado el pago de las letras de cambio.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Logroño resolvió por auto que procedía requerir de inhibición al Juzgado de Burgos, como así se hizo.

El Juzgado de Primera Instancia de Burgos accede al requerimiento recibido y se inhibe en favor del requirente, Juzgado de Logroño, remitiéndole el juicio ejecutivo.

Una vez recibido el juicio ejecutivo, el requirente Juzgado de Logroño acordó devolver el juicio ejecutivo al Juzgado de Burgos, y éste, manteniendo la inhibición que había hecho, acordó remitirle de nuevo el juicio ejecutivo.

Finalmente, el Juzgado de Logroño remite el juicio ejecutivo al Tribunal Supremo, quien «ante la insólita y anómala situación procesal existente se ve en la ineludible necesidad de aclarar al órgano judicial que la ha producido determinados conceptos jurídico-procesales no obstante la elementalidad de los mismos», y sienta la siguiente

Doctrina.—Para que quede planteada una cuestión positiva de competencia territorial entre dos órganos judiciales de orden civil, que se consideren los dos competentes para conocer de un determinado proceso, con la consiguiente e imperativa necesidad de que la cuestión de competencia planteada sea resuelta por el órgano inmediato superior común de los dos órganos discordantes o, en caso de no tenerlo, por la Sala Primera del Tribunal Supremo, es requisito ineludible que tales órganos discordantes, a través de sus respectivas resoluciones y de las subsiguientes comunicaciones entre ellos en la tramitación de la inhibitoria, no consigan ponerse de acuerdo acerca de cuál de los dos es el competente para seguir conociendo el proceso, por insistir los dos en su propia competencia. Por el contrario, si los dos órganos discordantes, durante la tramitación de la inhibitoria, se ponen de acuerdo acerca de cuál de los dos es el

competente, la cuestión de competencia propiamente dicha no llega a plantearse. Esta segunda hipótesis es la producida en el presente supuesto.

Si bien es cierto que el Juzgado de Burgos, cuando recibió el requerimiento de inhibición, ya había dictado sentencia de remate en el juicio ejecutivo, ello no era óbice para que pudiera inhibirse en favor del requirente, pues el artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que preceptúa es que no podrán promoverse ni proponerse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por auto o por sentencia firme, supuesto que no se da en el presente caso, pues la expresada sentencia no era firme.

INADMISION RECURSO DE CASACION.—EL AUTO JUDICIAL DICTADO EN APELACION POR LA AUDIENCIA QUE DECLARA NO HABER LUGAR AL REQUERIMIENTO DE INHIBICION NO ALCANZA LA CATEGORIA DE DIRECTAMENTE RECURRIBLE. FUERO TERRITORIAL PRIVILEGIADO DEL ESTADO. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Nota.—En la presente sentencia no resulta de aplicación el párrafo 2.º del artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción dada por la Ley de 30 de abril de 1992 (aunque ésta ya había sido publicada) que consagra a nivel normativo el Fuero del Estado.

Sobre este punto es interesante las consideraciones que *obiter dictum* expresó el Magistrado Ponente en la Sentencia de 16 de noviembre de 1992 acerca de la constitucionalidad o no de la citada norma.

Hechos.—Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Guernica se formula demanda contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, ejercitando acción sobre deslinde y reivindicación de fincas

El Abogado del Estado plantea inhibitoria ante los Juzgados de Primera Instancia de Bilbao. Al desistir éste del requerimiento, el Abogado del Estado apela su auto ante la Audiencia Provincial, que lo confirmó. Contra este último auto se prepara recurso de casación al amparo del artículo 87, en relación con el artículo 1.687.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el acto de la vista la Abogacía del Estado trajo a colación la Ley 10/1992, de 30 de abril, que da nueva redacción al artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo «para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, las entidades estatales de Derecho público y los órganos constitucionales serán únicamente competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla» El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en base a la siguiente

Doctrina.—La alegación de la reforma procesal no puede acogerse, no sólo por tratarse de una cuestión nueva, sino también por cuanto la disposición transitoria primera establece que los procesos civiles iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose ante el órgano jurisdiccional competente conforme a las normas vigentes en el momento de su iniciación, y es doctrina de la Sala el considerar derogado por el artículo 447 LOPJ el artículo 7 del Real Decreto de 21 de enero de 1925 (Estatuto de la Dirección General del Estado y Cuerpo de Abogados del Estado), establecedor de igual fuero especial o privilegiado.

Por otro lado, poniendo en relación el número 5 ° (hoy núm. 4.º) del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que admite el recurso de casación contra las «resoluciones para las que expresamente se admita en las circunstancias y conforme a los requisitos que vengan establecidos» con el artículo 87, en cuanto declara que contra los autos que dicten las Audiencias declarando no haber lugar al requerimiento de inhibición, tanto en apelación como en primera instancia, sólo se dará, «en su caso», el recurso de casación; la frase entrecomillada se ha interpretado siempre en el sentido de que la posibilidad de ejercitar el recurso de casación habrá de ser después de fallado el pleito en definitiva, es decir, cuando se impugne por ése y, eventualmente, por otros motivos la sentencia que ponga término al pleito en la instancia, sin que se autorice que el recurso se interponga directamente contra el auto que declare no haber lugar al requerimiento de inhibición.

DECLARACION DE ERROR JUDICIAL.—ARTICULO 293 LOPJ. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Hechos.—Por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía se formula demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, quien estima en lo esencial la demanda interpuesta.

Frente a esta sentencia los demandados interponen recurso de apelación, el cual es estimado por la Audiencia

El primitivo demandante interpone RECURSO DE ERROR JUDICIAL al amparo del artículo 293 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, quien declara la inexistencia del error judicial sentando la siguiente

Doctrina.—El denominado error judicial proviene de una actuación/decisión de los órganos de justicia, que a la hora de cumplir su mandato jurisdiccional —decir derecho— incurrir en un desvío de tal naturaleza o en una equivocación tan crasa y elemental, y hasta perceptible socialmente por el efecto de injusticia que producen, que, sin duda, se aplica una norma o ley manifiestamente contraria o desviada del modelo preconstituido.

Pero esta caracterización nunca puede marginar la misma soberanía o independencia, de corte funcional, que los órganos de justicia ostentan por atribución constitucional, ya que, de otro modo, sería como afirmar que cualquier diferencia interpretativa entre la tesis judicial y la de la parte interesada provocaría un desvío atacable por la vía de error judicial.

El error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados. Al amparo de un supuesto error judicial no pueden denunciarse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la ley material, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, ni pueden atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso, ya que de otra forma se establecería una nueva instancia, con evidente fisura de la seguridad jurídica.

En el presente caso estamos ante una discrepancia de la parte recurrente

sobre la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial en uso de sus facultades valorativas al respecto, por lo que es evidente que no encaja dentro de la figura del error judicial conforme a lo dicho anteriormente. Se trata de cuestiones que son susceptibles de enjuiciarse dentro de la instancia ordinaria, pero que en modo alguno pueden constituir el soporte del procedimiento excepcional previsto en el artículo 293 LOPJ.

COMPETENCIA TERRITORIAL.—EN EL CASO DE ACCIONES ACUMULADAS EL FUERO TERRITORIAL DE LA ACCION PRINCIPAL SE IMPONE A LAS ACCESORIAS. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes

Los hechos de esta sentencia, así como la doctrina que de la misma se desprende, son idénticos a los de la de fecha 19 de febrero de 1993, resumida anteriormente y a la que nos remitimos, cambiando únicamente la identidad del demandante.

PROCESO DE EJECUCION.—DIFERENCIA QUE CUMPLEN LAS PRUEBAS EN ESTE PROCESO RESPECTO DEL DE DECLARACION. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Hechos.—Se solicita ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valencia la ejecución de una sentencia dictada por el mismo Juzgado, cuya parte dispositiva es la que sigue: «Que estimando la demanda formulada por los hermanos P contra A.H.S., debo declarar, y declaro: 1.º Que el contrato de compraventa suscrito entre los demandantes y el demandado sobre la finca rústica que allí se reseña lo fue por precio alzado de once millones de pesetas, pagaderas en fracciones trimestrales durante tres años. 2.º Que el demandado ha incumplido dicho contrato por falta de pago del precio en el tiempo pactado, declarándose resuelto por tal causa el meritado contrato. 3.º Que, en consecuencia, el demandado debe devolver la finca transmitida con todos los bienes y enseres recibidos. 4.º Que *debe indemnizar los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento*, devolviendo a los actores los frutos percibidos y entregando las mejoras realizadas durante el tiempo que haya poseído la finca; y que *debe igualmente indemnizar a los actores de los daños sufridos en la finca, daños y perjuicios que se fijarán en el proceso de ejecución de sentencia*».

El Juzgado de Primera Instancia dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue: «Se concreta en la cantidad de 13 700.000 pesetas la suma que habrá de hacer pagar el demandado a los actores; sin hacer declaración de condena de costas».

Por el demandado, A.H.S., se interpuso recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Valencia dictó auto acordando la revocación de la resolución, sin que proceda fijar cantidad alguna en el concepto de daños y perjuicios a que se contrae la relación presentada por la parte demandante.

Los demandantes, hermanos P., formalizan recurso de casación al amparo

del número 2 del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual es estimado por el Tribunal Supremo en base a la siguiente

Doctrina.—Comparando los pronunciamientos que contiene la parte dispositiva de la sentencia con las determinaciones que expresa el auto casado, se constata que, efectivamente, los términos de la ejecutoria no se han cumplido ni respetado.

Es diferente el papel que cumplen las pruebas en el proceso de ejecución respecto del proceso de declaración. Mientras en este último lo que se intenta por la parte es demostrar la certeza de unos hechos o acaecimientos que se han afirmado como sustento de la pretensión y, en consecuencia, una contraprueba eficaz puede destruir la fuerza de convicción de las pruebas principales, en el proceso de ejecución se parte ya de unas declaraciones judiciales que deben tenerse por voluntad concreta de cumplimiento garantizado por los medios coercitivos de la Ley, de manera que no cabe replantear su alcance más allá de la cuantificación de los daños y perjuicios, en el caso, conforme al método legal que resulta del procedimiento que debe seguirse al efecto, sin que, precisamente por ello, pueda vaciarse de contenido la ejecutoria, estableciendo como resultado final, a efectos prácticos, que los daños y perjuicios sean ilusorios.

PARA QUE PUEDA PREVALECER LA INFRACCION DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS ACTOS Y GARANTIAS PROCESALES ES NECESARIO QUE SE HAYA PRODUCIDO INDEFENSION Y QUE LA SUBSANACION DE LA FALTA SE PIDA EN LA INSTANCIA EN QUE SE HA COMETIDO. LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Hechos.—El 28 de marzo de 1986, don José Sánchez Martínez presenta ante el Juzgado de Distrito de Orihuela una demanda de desahucio por falta de pago contra don Manuel García Aledo, referida a un local comercial, dictándose sentencia dando lugar al desahucio y declarando resuelto el contrato.

La anterior resolución es apelada ante el Juzgado de Primera Instancia, quien la confirma en todas sus partes, y con fecha 16 de noviembre de 1987 se dicta providencia por el Juzgado de Distrito acordando la ejecución de la sentencia firme.

Con fecha 26 de febrero de 1988 se presenta un escrito en dicho Juzgado de Distrito, a nombre de la entidad «García Aledo, S.L.», en la que solicita se le tenga personada y parte en los autos, alegando por primera vez la excepción procesal de una supuesta falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Encontrándose el procedimiento de desahucio en el período de ejecución de sentencia firme, es admitida por el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad de actuaciones en este proceso de desahucio, siendo la principal y única alegación la no admitida excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

En este juicio declarativo, en la última fase del procedimiento, la entidad «García Aledo, S.L.», solicita del Juzgado que a tenor del artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acuerde la celebración de la vista oral en sustitución del escrito resumen, petición que es atendida, fijándose para la celebración de la vista el día 2 de mayo de 1989.

A la vista no comparece la representación de la parte demandante, y estando presente la demandada se celebra el acto con esta última representación.

El Juzgado de Primera Instancia de Orihuela dictó sentencia declarando no haber lugar a que se decrete la nulidad de las actuaciones, la cual fue confirmada por la dictada en apelación por la Audiencia. Contra esta última la entidad «García Aledo, S.L.», interpone recurso de casación al amparo del número 3 del artículo 1.692 por infracción del artículo 701, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del número 4 del mismo artículo por aplicación errónea de la doctrina jurisprudencial relativa al litisconsorcio pasivo necesario.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en base a la siguiente

Doctrina.—El motivo primero del recurso no es admisible, pues el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige como requisitos para que pueda prevalecer la infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales dos condiciones: que se haya producido indefensión y que la subsanación de la falta se pida en la instancia en que se ha cometido, ninguna de las cuales concurre en el presente caso.

En cuanto a la supuesta alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario, hay que tener en cuenta que en el contrato de arrendamiento aparece «en concepto de arrendatario por sí y en nombre propio don Manuel García Aledo»; que en el procedimiento de desahucio por falta de pago se reconoce por confesión judicial «que se concertó el arrendamiento entre el confesante señor Aledo como arrendatario...», que todos los recibos aparecen expedidos a nombre de don Manuel García Aledo; etc.

Con estos antecedentes la parte recurrente pretende que se aprecie una excepción de falta de litisconsorcio pasivo por no haber sido demandada una entidad mercantil que gira bajo el nombre de «García Aledo, S.L.»

La Sala rechaza también este motivo al no haberse demostrado la existencia de vinculación de ninguna clase de la entidad con el arrendamiento, *siendo la doctrina jurisprudencial clara cuando afirma que el litisconsorcio se da cuando en virtud del vínculo que une a la persona con la relación jurídico material objeto del pleito produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar, circunstancia que puesta en relación con el mandato constitucional recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, con el principio de veracidad de la cosa juzgada y con la necesidad de evitar sentencias contradictorias hace indispensable la válida y correcta constitución de la reacción jurídico-procesal mediante la llamada al juicio de todos los elementos subjetivos interesados.*

CUESTION DE COMPETENCIA.—LA SUMISION EXPRESA NO PRECISA EMPLEAR LAS MISMAS PALABRAS DEL ARTICULO 57 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, BASTANDO QUE SE DEDUZCA CLARAMENTE DE SU EXPRESION QUE SE ATRIBUYE A UN JUEZ DETERMINADA COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

Hechos.—Se plantea cuestión de competencia positiva por inhibitoria entre los Juzgados de Primera Instancia de Tarragona y de Murcia

En este último se formuló demanda con base a unas letras de cambio contra la demandada, que tenía su domicilio en Tarragona.

En las cambiales figura, antes del «acepto» de cada una, firmado por la demandada, la expresión «cantidad, vencimiento, domicilio y jurisdicción Tribunales de Murcia», seguida de la fecha del libramiento y la citada firma del aceptante.

El Tribunal Supremo declara la competencia del Juzgado de Murcia en base a la siguiente

Doctrina.—Es doctrina reiterada de este Tribunal que para que en un contrato conste la sumisión expresa no es preciso emplear las mismas palabras del artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bastando que se deduzca de su expresión que se atribuye a un Juez determinando la competencia, criterio sostenido también mucho después, y concretamente en cuanto a letras de cambio, al declarar que cuando se expresa «acepto», «pago, fecha, cantidad, vencimiento y fuero del librador» en el lugar destinado para el acepto de unas cambiales, como ocurre en el presente caso, rige a efectos de competencia el lugar fijado en esa cláusula de sumisión pactada.

ERNESTO CALMARZA CUENCAS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

BERNARD DEMAÏN: *La liquidación de bienes en las uniones de hecho* (trad. y notas de JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS), Reus, 1992

Dice mi buen amigo CASTÁN VÁZQUEZ en el Prólogo de esta obra, que «es un hecho ciertamente antiguo, pero que constituye un fenómeno social considerablemente extendido por el mundo y con tendencia por ahora a crecer, la situación estable de convivencia de hombre y mujer no unidos por vínculo matrimonial». Concubinato por más señas o matrimonio a «cata y a prueba». Y sigue diciendo el prologuista que estas situaciones pueden dar origen a variadas cuestiones jurídicas —unas mientras se mantiene y otras cuando termina— que revisten importancia para la pareja y, eventualmente, para sus hijos y para terceros. Hay dos temas que singularmente provocan serios problemas: el de la pensión de viudedad y el pretendido derecho a subrogarse en la relación del inquilinato al fallecimiento del arrendatario conviviente

Esta es, en síntesis, la temática que se aborda en el presente trabajo monográfico y que está latente en ponencias, comunicaciones, Congresos y demás actividades jurídicas que rocen el tema. Los problemas son complicados y espero que en ellos no entre la actividad notarial con su obsesiva figura de la «aportación a la sociedad de gananciales», pues aquí puede haber pérdidas y ganancias, pero nunca un sistema «legal» que rijan el aspecto económico de la unión. A lo más, un conjunto de acuerdos —verbales, escritos o documentados— que sirvan de guión en los momentos críticos

La monografía está firmada por BERNARD DEMAÏN, diplomático del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de París, y está prologada en su versión francesa por JEAN CARBONNIER, quien —al abordar el tema— con números y cantidades sitúa estas uniones entre la burguesía francesa, y especialmente en el pequeño comercio de tiendas, y apunta posibles analogías a través de ciertos artículos del Código francés, pero sobre todo en la legislación, donde lo posible se confunde con lo deseable.

El estudio monográfico, traducido por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, jurista inquieto y profundo, está dividido en dos partes fundamentales: una que contempla la existencia de una sociedad de hecho y otra en la que no exista esa sociedad. Todo ello va precedido de una Introducción y seguido de una Bibliografía y un Índice sumarial. En la Introducción, el autor hace un pequeño repaso a la legislación francesa de 1789, donde la influencia del Derecho canónico hace que todo comercio sexual fuera de los lazos del matrimonio es una *fornicatio* e, incluso, un delito. Ello llevó consigo un conjunto de penas, restricciones en donaciones, beneficios indirectos y donde los hijos naturales carecen de derechos. La situación silenciosa del legislador la ha tenido que paliar la jurisprudencia exigiendo ciertos requisitos para la existencia de una sociedad de hecho y reconociendo a los concubinos el derecho a dirigirse a los Tribunales para tratar de liquidar su situación patrimonial.

A) TITULO PRIMERO. LA LIQUIDACION EN EL CASO DE QUE EXISTA SOCIEDAD DE HECHO

¿Cuáles son los requisitos para la sociedad de hecho? El autor arranca de la posibilidad de que los concubinos puedan adoptar una forma de sociedad, y al preguntarse si puede ser la de todos los bienes presentes o la universal de ganancias, contesta que ambas son, en principio, lícitas, entendiendo la jurisprudencia que la «confusión de patrimonios» puede ser un índice de su existencia. Desde el punto de vista teórico, a estas sociedades les falta la *affectio societatis* y su causa resulta ilícita al no poder estar sometida la comunidad a un régimen pseudomatrimonial, aunque en algún caso pueda admitirse la existencia de una «comunidad de trabajo».

Respecto a las sociedades «particulares», el autor se inclina en considerar exigible los requisitos de todo contrato, las aportaciones constitutivas de un fondo común, la participación en beneficios y pérdidas, la *affectio societatis* y el cumplimiento de forma y publicidad.

Naturaleza jurídica y prueba. Para llegar a determinar la naturaleza de estas sociedades, el autor recorre los peldaños que significan las «sociedades civiles», las mercantiles y las en participación. La prueba pudiera realizarse por confesión, mediante testigos, por presunciones y por principio de prueba por escrito, así como por todos los demás medios legales. Y las sociedades de hecho por la alegación de uno de los concubinos contra el otro o las de un tercero contra los dos.

Efectos de dichas sociedades. Estos efectos se examinan contemplando la liquidación entre socios y las repercusiones contra terceros. Los casos generales se resuelven con la recuperación de los socios de sus respectivas aportaciones, puesto que no han dejado de ser propietarios, y los beneficios en proporción a las aportaciones.

B) TITULO SEGUNDO. LA LIQUIDACION EN CASO DE INEXISTENCIA DE SOCIEDAD DE HECHO

El autor en esta segunda parte juega con unos criterios que van desde la comunidad de hecho hasta la separación de patrimonios al margen de toda idea de sociedad, estimando siempre como base jurídica el tratar de evitar el enriquecimiento injusto o sin causa. Concluye ofreciendo el valor que los diferentes sistemas de liquidación tienen respecto del interés de los concubinos y terceros.

Finaliza la monografía con un estudio que el traductor español hace enfocando el problema en el Derecho español y aparte de unas consideraciones generales sobre el tema, donde manifiesta su voluntad de dar solución a los problemas que se están planteando, singularmente las dos que señalábamos al comienzo: la pensión de viudedad a la luz del Derecho civil y del constitucional, y la subrogación de derechos y obligaciones en arrendamientos urbanos. Junto a su estudio aporta un conjunto de sentencias procedentes del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencias Territoriales y Provinciales.

Ahí queda abierto el camino para que los juristas y sociólogos se vayan pronunciando en pro de soluciones favorables. Aunque a estas uniones se les haya denominado «matrimonios salvajes», la solución no debe ser nunca sal-

vaje, aunque yo creo que todo depende de la razón por la que estas personas adoptan este sistema, que puede justificarse en unos casos y no aceptarse en otros. La regla, sin embargo, debe ser general para todos

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Una teoría del Derecho* (Introducción al estudio del Derecho), 6.ª edición, Cívitas, 1993.

En la «presentación» que el autor hacía de la obra, allá por el año 1974, reflejaba unas singulares frases referidas a la misión que se le encomendó de impartir unas clases a los alumnos de primer curso de la Universidad de Deusto sobre «introducción al Derecho», diciendo que «fueron una experiencia nueva para mí y, entre otras cosas, me permitieron comprobar las dificultades que entraña para los estudiantes el comenzar la carrera de Derecho sin conocer previamente, siquiera de forma elemental, la razón de los estudios que se van a seguir, la problemática real que los justifica y los conceptos e instituciones que sirven de fundamento a los saberes en que se van a adentrar».

Destaco esta nota —nota importante— porque a mí se me ha encargado explicar en unas clases de asesoría jurídica de empresas el Derecho registral inmobiliario. Es decir, que yo retomo ya al alumno cuando éste *ha terminado* sus estudios universitarios y se prepara para lanzarse al asesoramiento de empresas —en plan ejecutivo—, tratando de explicarles lo que es, significa y para qué sirve el Derecho hipotecario. Pero lo curioso del caso es que todo ello me ha brindado lo mismo que al autor de la monografía, pero en su fase terminal: una nueva experiencia y las dificultades que entraña para los universitarios —hechos y derechos— la comprensión de un Derecho en el que alguna campana «lejana» les suena .; y eso que ahora parece que en las universidades se cuida un poco esta materia.

Lo que he tenido que hacer es «descender» hasta límites insospechados para que la «mayoría» entienda de qué va la cosa, ofreciéndoles unas claves primitivas que les puedan servir para estudiar a fondo el problema que se les presente. Algo muy semejante —pero de mayor altura y peso específico— ha hecho el autor con esta divulgación de la teoría del Derecho. Afirmación ésta mía que pudiera ser mal entendida, pues a mí, por razones de edad, se me presume el conocimiento, como el valor a los militares. Pero no es así; yo al leer el libro me he puesto en trance de «ignorancia», y la verdad es que he aprendido mucho. Consta el libro monográfico de una Introducción y siete capítulos que vamos a respetar en la exposición.

La Introducción refleja la reflexión del autor frente a lo que el ciudadano sabe respecto del «derecho» con minúscula y el «Derecho» con mayúscula, y viene a concluir que el ciudadano medio tiene «intuiciones» y barnices de ciertos sectores legales que le afectan. Yo llegaría a más, pues cuanta mayor es la incultura del mismo el Derecho se agranda brutalmente al desconocerse el de los demás, y viceversa, pero en lo que sí todos coinciden es que tienen «derecho de reclamación». El autor ofrece un tablero o muestrario de leyes y disposiciones clave y se pregunta —para poder responder— qué hay de común entre todas ellas y cuáles son los rasgos que nos permiten decir que son «reglas de Derecho» y no de otro carácter

I. SOCIEDAD Y DERECHO.

FUNCIONES DEL DERECHO EN LA VIDA SOCIAL

Cuatro salidas proporciona el autor para resolver la íntima relación que el Derecho tiene con la vida social. La primera es la configuración del Derecho como instrumento de la organización social, asistido de una serie de principios (deber de cumplir las leyes, sanción por su incumplimiento, publicidad de las leyes, irretroactividad, ignorancia y aplicación de la Ley por el poder judicial); la segunda supone la construcción del Derecho como regla de conducta; la tercera, como medio de resolución de los conflictos sociales, y la cuarta, como forma de aplicación humana de la Justicia.

II. EL PROBLEMA DEL ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO

Aquí hemos avanzado tan poco como en la definición del Derecho. De una parte, el *ius naturalismo*, y de otra, el positivismo. La primera teoría sitúa el carácter coercitivo de la norma en otra superior, inherente al ser humano y a la naturaleza de las cosas. El positivismo encuentra la autoridad de la norma en su propia existencia, negando la existencia de una norma superior.

El autor cita a AUBERT, que trata de conciliar estos dos puntos alegando que la norma tiene su fuerza en la *voluntad política* y que ello se acepta en base de que la norma se inspira en *valores fundamentales* del ser humano. Ello supone aceptar «valores» fuera de la norma que llevan al Derecho natural.

III. PRINCIPALES DIVISIONES DEL DERECHO

Para el autor, las divisiones que permite el encuadramiento del Derecho se reducen a la distinción entre Derecho público y privado, una catalogación convencional de las principales disciplinas jurídicas (constitucional, administrativo, financiero, penal, civil, mercantil, trabajo, procesal, canónico, romano, historia del Derecho y filosofía del mismo, autonómico y comunitario), Derecho interno e internacional y normativa vigente para la enseñanza del Derecho. Entiendo que en este punto lo que el recensionista debe de hacer es reflejar el criterio del autor y dejar a la opinión de los que leyeren o estudiaren la aceptación o no de este criterio.

IV. LAS NORMAS JURIDICAS Y SU APLICACION

El autor precisa primero lo que debe entenderse por norma jurídica, para luego precisar la forma y medios de aplicar las mismas. Parte de la identificación del conjunto de normas con el Derecho objetivo y el de Ordenamiento jurídico con el Derecho positivo. También examina el concepto de «orden jurídico», que en el fondo es el resultado perseguido por la norma. Respecto a éstas, señala como características las siguientes: necesidad, procedencia estatal, coercibilidad, generalidad y bilateralidad. Como el autor utiliza diversas expresiones sobre el Ordenamiento jurídico, los principios del mismo o la sumisión del Estado al Ordenamiento jurídico, me acuerdo de la frase constitucional española que habla de la sumisión «al resto del Ordenamiento jurídico». La estructura de la norma se basa en un *supuesto* y una *consecuencia*.

En materia de interpretación de las normas examina el proceso de «subsunción», el logro de encontrar su sentido y alcance y los diferentes métodos de interpretación (voluntad de la Ley, letra de la Ley, sentido técnico, histórico, sistemático, lógico y analógico). Termina el capítulo con la intervención judicial en el proceso de interpretación y aplicación de la norma. Bueno sería que en sucesivas ediciones dedicase unas líneas a la doctrina y a la función notarial y registral.

V. LAS FUENTES DEL DERECHO

A los esquemas habituales y tradicionales que la doctrina dedica a esta materia, el autor añade unas variantes como consecuencia de la puesta al día de la legislación española. Por ello, después de precisar las atribuciones del poder legislativo en los Estados modernos y el rango de disposiciones, entra de lleno en el Derecho español vigente, para luego continuar con el Ordenamiento jurídico comunitario y las otras clásicas fuentes del Derecho: la costumbre y los principios generales del Derecho, así como la jurisprudencia. Echo de menos unos «parrafillos» a la doctrina de la Dirección General de los Registros y su actual situación.

VI. ALGUNAS NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO

Entiendo que el cuadro que el autor nos ofrece sobre este punto es bastante completo para la claridad de unas nociones básicas a la hora de intentar saber lo que es el Derecho. La persona en su doble vertiente de física y jurídica, el derecho subjetivo y su contrapunto el deber jurídico, así como los campos en que su ejercicio es libre o limitado. Recoge la teoría de los hechos jurídicos, los actos y el negocio jurídico. El principio de autonomía de la voluntad, la representación, el hecho ilícito, la prueba de los hechos, etc.

VII. TEMAS JURIDICOS

Es un capítulo aleccionador y complementario para el conocimiento íntegro del Derecho, pues en el mismo se tocan los temas de los derechos de la personalidad (derechos humanos, declaración de derechos, derechos de la personalidad), el Estado de derecho, el principio de legalidad, para finalizar con el proceso y su organización judicial. Completa la publicación un Apéndice legislativo y una básica bibliografía.

Al leer la obra dan ganas de recuperar años y volver a empezar en primero de Derecho.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ-HABA GUIADO, VICENTE MARÍA, y SÁNCHEZ GIL, JOSÉ LUIS: *Casos prácticos de Derecho administrativo y Derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993. Un tomo de 581 páginas.

Cuando estudiábamos en la Universidad el Derecho administrativo (¡cuántos años hace ya de esto!) estábamos bastante lejos de suponer que aquellos

que llamábamos «rollazos», y no sin razón, habrían de tener después una gran importancia para nuestra vida profesional. No imaginábamos lo que podría suponer para los ciudadanos que un expediente estuviese correctamente llevado o que los procedimientos se ultimasen con todos los trámites, notificaciones o garantías necesarios. Y es que no se trata de que el administrado firme un formulario enterado sin enterarse, sino de que todos puedan llegar a tener la certeza de que el actuar de la Administración esté en el fiel de la balanza; de que hay Justicia, y mejor sin venda que con ella. Se trata, nada más y nada menos, de garantizar la seguridad jurídica, pieza fundamental en un Estado de Derecho.

Con este exordio un tanto añorante y en el que después nos hemos puesto tan serios y hasta solemnes, queremos decir simplemente que para que la Administración funcione bien, como debe ser, lo que precisa es un plantel de personas que sepan su oficio y que actúen siempre desinteresadamente y en conciencia; en una palabra, que sean buenos funcionarios.

Este es el quid de la cuestión y a donde queríamos ir a parar. Interesa tener un funcionariado capaz y consciente de su papel, y para eso es preciso formarlo. La Universidad podría ser el inicio de esa formación; por supuesto, es el escalón primario y allí se aprende lo que es el Derecho, una noción de cada una de sus ramas; pero luego vienen las distintas especializaciones.

Y para los que quieran trabajar en las Administraciones no hay otro camino que la oposición. Este medio de ingreso, con todos sus inconvenientes, sigue siendo el menos malo para seleccionar a los mejores, pero tiene el gran defecto de que sus ejercicios siguen siendo mayormente memorísticos; el que dice o escribe mejor los temas obtiene las más altas puntuaciones y consigue la ansiada plaza. Lo teórico suele primar, y luego vienen los apuros a la hora de enfrentarse con los problemas prácticos en el ejercicio de la carrera.

Que yo recuerde, en tiempos pasados funcionaba de modo eficiente una Escuela de Administración Pública en la antigua Universidad de Alcalá de Henares donde se impartían clases aceptables de carácter práctico. Después la Administración se ha hecho plural y dividida con el sistema autonómico implantado por la Constitución, y no sé si ahora existen, aunque creo que sí, algunas de esas escuelas o academias de formación de funcionarios de las Autonomías. Creo y deseo que lo harán eficientemente.

El caso es que el tema es importante, pues hay que cuidar el aspecto práctico de la preparación del futuro funcionario y no sólo en el momento de acometer la tarea de preparar la oposición, sino incluso antes, ya en las clases de la Universidad.

Y esta es la finalidad a que responde este libro según nos dicen los autores, por lo cual debemos considerarlo útil a este efecto. Constituye una obra muy completa y ha supuesto, sin duda, una auténtica tarea de chinos a la vista de su contenido.

Sólo conozco personalmente a uno de sus autores, con el que compartí en tiempos juveniles las tareas de la concentración parcelaria de las tierras alcañeñas durante varios años. Hombre muy activo y preparado, ha pasado después por otros varios puestos de la Administración, autonómica y nacional, y sabe todos los entresijos del entramado jurídico de los organismos que nos rigen. Su colaborador, según él me dice y lo creo, tiene la misma preparación científica y práctica. Eso se echa de ver en seguida en esta gran obra que han elaborado.

Su contenido se expone en treinta casos prácticos que han tenido existen-

cia real en los Tribunales u organismos en estos últimos años, resumiendo sus supuestos fácticos y las resoluciones correspondientes. Desde el caso primero, sobre el refrendo de la Corona y la organización de las Comunidades Autónomas, hasta el número treinta, sobre las Cortes, el Senado y los contratos administrativos, hay una gama variada de supuestos prácticos muy útiles.

A continuación y para ejercitar a los estudiantes, se insertan las preguntas, clasificadas en básicas y complementarias, y que giran en torno a las propuestas enunciadas. Al final, como en un libro maestro, se incorporan todas las soluciones correctas para tranquilidad del opositor.

Se trata, pues, de un libro que con base teórica analiza los supuestos más frecuentes e importantes que se presentan en la práctica política y administrativa, siguiendo, como hemos dicho, la doctrina de los fallos del Tribunal Constitucional Supremo y otros órganos decisorios de la Administración. Sobre estos fallos, que se analizan, se hacen las pertinentes preguntas, encuestas y opciones para que el estudiante-opositor ejercite su facultad de discurrir y obtenga las deducciones correspondientes.

Luego, en el ejercicio efectivo de su función, tendrá seguramente casos más difíciles que habrá de resolver, sabiendo además que ya no se trata tan sólo de un inocuo ejercicio inventado, sino de una situación viva y con consecuencias que pueden ser importantes para un ciudadano concreto, con nombre y apellidos, y esto impone mucho.

Pero para que pueda hacerlo mejor entonces, debe empezar ejercitando antes sus cualidades de razonamiento y decisión.

De esto se trata, y este es el libro que presentamos. Sus autores, funcionarios avezados, demuestran además un completo dominio de la legislación, la teoría y la técnica administrativas, que tratan de imbuir a los estudiantes y opositores que acudan a este libro. Creemos que para ellos la obra será muy útil; con ello los autores conseguirán los fines que se han propuesto y verán pagado el importante esfuerzo que han realizado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho civil*, tomo II. «Derecho de obligaciones», Editorial Trivium, Madrid, 1993. Un tomo de 391 páginas.

Hace menos de un año hicimos en estas mismas páginas la reseña del primer tomo de esta obra, en la cual el autor nos anunciaba su propósito de dar a la luz un libro completo de Derecho civil de dimensiones razonables dirigido a la enseñanza. Para ello habría de estar privado en buena parte del magma histórico, dogmático e iuscomparatista que originan el engrosamiento de estas obras que en principio deben ser pedagógicas.

Aquí está ya el segundo paso, dado con mayor prontitud de la que normalmente es usual en estos casos, lo que denota que el autor es más bien devoto de «San Alcontado» que de «San Luego».

CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de Derecho civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), de cuyo Departamento es Director, es hombre activo como demuestra con su ya extensa bibliografía y según he podido comprobar en varias ocasiones en que hemos coincidido. Además de su cátedra, es vocal de la Comisión General de Codificación y acude a trabajar y colaborar en cuantas tareas científicas y prelegislativas es requeri-

do, dejando siempre su impronta de buen hacer. Y a pesar de esto saca tiempo para escribir libros, que ya es decir.

Ahora, y volvemos al hilo que habíamos dejado, sigue en la tarea emprendida. Su primer tomo, dedicado a la parte general y personas, fue oportunamente ponderado con toda justicia, como habrán podido comprobar los que conozcan la obra. En un intervalo menor al año, repetimos, ya está aquí el tomo dedicado a las obligaciones en general, con anuncio del siguiente donde se estudiarán los diversos contratos en particular.

Como se ve hay ánimo de culminar el propósito de coronar la obra, lo que es de apreciar y agradecer, para que tengamos un estudio completo del amplio panorama integrante de la esfera civil que es la básica de la ciencia jurídica, sin que se me enfaden los especialistas de otras ramas.

Desde el punto de vista editorial, el tomo está bien presentado y en clara tipografía, lo que hace más llevadera la lectura de una materia de por sí un tanto abstrusa. Pero lo cierto es que el autor lo hace aún más fácil dado su modo de exponer claro, sencillo y directo, con lo que consigue la buena comprensión del alumno al que la obra se destina.

Y vamos con la materia del libro, que no es «la obligación» como corrientemente se dice, sino más bien la relación obligatoria, término que es mucho más correcto por omnicomprendivo, como nos dice el profesor LASARTE; la obligación, sigue diciendo, ofrece sólo una visión parcial y unilateral de la ligazón o del vínculo existente entre dos personas que ocupan posiciones contrapuestas, mientras que, por el contrario, la idea de relación obligatoria está referida conjuntamente a la doble posición de las personas vinculadas por dicha relación.

Quizá por ese voluntario apartamiento del término obligación a secas, no encontramos en las primeras páginas del libro la conocida definición clásica que aprendimos de que «obligatio es iuris vinculum, quod necessitate adstringimur, alicuius solvende rei...»

El profesor LASARTE estudia la relación obligatoria y el deber jurídico en general para contemplar las tesis doctrinales elaboradas sobre esta relación, acabando con las llamadas obligaciones naturales. Las fuentes que hacen nacer las obligaciones, enumeradas en el artículo 1.089 del Código Civil como trasunto y reflejo de la conocida frase de GAIUS, se complementan con el estudio de la voluntad unilateral y otras figuras modernas. Así expone la promesa pública de recompensa y los concursos con premio, destacando entre estos últimos, como cita donosamente el autor, aquellos que se otorgan a quienes ante las cámaras de televisión son capaces de demostrar mayor falta de pudor o de respeto a su propia intimidad.

La estructura de la relación obligatoria es estudiada ampliamente en sendos capítulos dedicados al sujeto y el objeto de la obligación. La prestación puede ser determinada o indeterminada y de ahí la clasificación de las obligaciones en específicas o genéricas, cumulativas, facultativas o alternativas, con especial atención a las deudas pecuniarias.

El fin normal de la obligación es el cumplimiento de la prestación pactada mediante el pago, lo que exige la consabida tripleta de requisitos: identidad, integridad e indivisibilidad, amén de hacerlo en el tiempo y lugar acordados. Junto al pago, el artículo 1.156 del Código nos da una enumeración de causas de extinción que el libro explora debidamente en todos sus puntos.

El crédito es la figura central y por ello el Derecho tiende a protegerlo, bien mediante el principio de responsabilidad universal del deudor, por la acción

directa que lo ejercita o por las acciones revocatoria y pauliana o por los medios de garantía añadidos y especiales que se contemplan.

Otras materias relacionadas con las obligaciones se desarrollan en siguientes capítulos que abarcan la concurrencia y prelación de créditos, los cuasi-contratos y el enriquecimiento injusto. También se recogen en el libro las distintas facetas de la responsabilidad: la extracontractual, la dimanante de hechos propios o ajenos y la responsabilidad objetiva o sin culpa. Esta última muy en auge en estos tiempos en que el desarrollo y la técnica producen unos riesgos antes impensados.

Y acaba el libro con el capítulo referente a la reparación del daño en sus facetas de genérica y específica, con estudio de las acciones para exigirla y una referencia a la figura del seguro de responsabilidad civil, cada vez más aplicada ahora, sobre todo para cubrir riesgos profesionales.

Ha sido un repaso a vista de pájaro por el contenido del libro que sólo da una idea no completa de lo que en él se enseña. Porque el libro es de enseñanza, según su autor, pero contiene doctrina, normativa y bibliografía que orienta también, y mucho, a los profesionales.

Ahora a esperar el tomo dedicado a los contratos, en la seguridad de que el profesor LASARTE seguirá la buena línea a que nos tiene acostumbrados.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RAMS ALBESA, JOAQUÍN: *La sociedad de gananciales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992. Un tomo de 478 páginas.

El retraso con que se publica el comentario con respecto a la aparición de este libro tiene varias causas, ajenas tanto a la voluntad del autor como a la del comentarista. Nada más salir de la imprenta, su autor me anunció el envío, pero no ha llegado a mis manos hasta bastantes meses después. Al fin, no importa si la espera ha merecido la pena por tratarse de una obra importante.

Y vaya si lo es, porque el autor, Catedrático de Derecho civil de la Universidad Complutense, al que los Registradores ya conocemos por su valiosa y constante colaboración en bastante de nuestras tareas profesionales, consigue acertar de nuevo en temas que nos interesan. Antes les hemos comentado en estas páginas otro libro sobre el uso, la habitación y la vivienda familiar lleno de doctrina de bastante aplicación en nuestros despachos.

El libro de ahora se refiere a una institución con la que nos encontramos a diario. El sistema de la comunidad de bienes es el más frecuente en nuestros matrimonios y, aunque pueda conllevar problemas teóricos y a veces prácticos, resulta ser el más normal entre personas que unen sus vidas y tienen que llevar a cabo un proyecto común. El «Consortium omnis vitae, divini atque humani iuris communicatio», que significa el matrimonio necesita de esa comunidad de bienes. Incluso en los sistemas de separación, ésta nunca puede ser absoluta, pues siempre hay cargas para llevar adelante la familia que son comunes por esencia.

Nuestra sociedad de gananciales es una figura genuina que ha dado a los autores bastantes quebraderos de cabeza. Dado que no es comunidad romana, ¿cuál es su naturaleza? ¿Es una comunidad germánica pura o tiene particularidades que la hacen distinta? Los Tribunales en sus sentencias y la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones han elaborado

unas directrices no siempre claras que han tratado de encauzar los intereses encontrados de las partes.

Por otro lado, los cambios sociológicos influyen de modo decisivo en las personas y los matrimonios y el Derecho ha de adaptarse a estos cambios si no quiere quedarse anquilosado y sin aplicación. De ahí los retoques que se han repetido en las normas reguladoras de la institución matrimonial.

Una de las más importantes modificaciones ha sido la que introdujo en el Código Civil la Ley de 1981. La profundidad de esta reforma en una institución de la trascendencia de la sociedad de gananciales, que al ser el régimen normal de la mayoría de los matrimonios españoles tiene una importancia decisiva en nuestro tráfico jurídico, justifican un estudio de esta materia.

Y el que hace el profesor RAMS es completo, documentado y serio. Recoge todos los aspectos de la regulación de esta singular sociedad, dando una visión global de las cuestiones que suscita. Antes diremos que al principio del libro se expresa el respeto y la indudable admiración del autor a la figura del que fuera su maestro, el desaparecido profesor LACRUZ BERDEJO. Así lo rememora y mantiene el recuerdo en unas frases que le honran

Tras esbozar las ideas que conformarán el concepto de la sociedad de gananciales, entra en su naturaleza jurídica diciéndonos que la masa ganancial es una exigencia estructural de todo régimen comunitario que excluye la comunidad universal de bienes. Se trata de una masa patrimonial sin personalidad jurídica, dotada de normas autónomas de gobierno en la que entran los bienes caracterizados por la Ley como gananciales, sobre los cuales tienen los cónyuges una titularidad parciaria conjunta no disponible hasta la extinción del régimen y con los que responden básicamente del levantamiento de las cargas familiares y de las contraídas por ellos con las limitaciones marcadas por la Ley; estos bienes se gobiernan, administran y disponen conforme a las reglas específicas del régimen y que debidamente liquidados serán divididos por mitad a la extinción del régimen.

En este densísimo resumen, además de reflejar la naturaleza, ha captado la esencia y avatares de la sociedad de gananciales durante su vigencia.

La idea la desenvuelve amplísimamente después, estudiando qué bienes integran el activo de la sociedad, con enumeración detallada de todos los casos de bienes privativos y gananciales, cosa nada fácil y que a veces presenta problemas en la práctica. En una nota a pie de página el autor, profesor universitario como sabemos, nos narra la experiencia anecdótica de que no siempre sus alumnos saben distinguir estas dos clases de bienes. Podría valer la conocida frase del célebre torero, que al enterarse de que en las ganancias de su arriesgada profesión tenía parte su esposa, preguntó exaltado: «¿Y las "cornás" son también gananciales?»

Es de suponer que esto ocurriría por ponerse en duda los poderes de disposición del enojado marido. Porque la gestión de la sociedad de gananciales, tanto en la simple administración como en la enajenación de sus bienes, siempre ha originado cuestiones difíciles de solucionar. La Ley de 1981 ha introducido también en este punto reformas sustanciales que en unos casos han facilitado las cosas y en otros no tanto. El autor hace un profundo estudio de todos los supuestos posibles tanto en los casos normales como en circunstancias especiales.

¿Cuáles son las deudas de las que responde la comunidad de gananciales? Determinar el pasivo posible de esta sociedad es también cuestión ardua y difícil. Si no hay duda en cuanto a las deudas comunes o dimanantes de la

familia como tal, la cosa no es tan fácil a la hora de responder de las deudas privativas de cada uno de los esposos. El profesor RAMS hace igualmente un pormenorizado estudio de los distintos supuestos que nos serán muy útiles en la práctica. Sabido es que el problema se presenta con frecuencia en los Registros revestido del clásico mandamiento de embargo sobre bienes gananciales o presuntivamente gananciales. Aquí el autor tiene unas acres frases para el Reglamento Hipotecario, al que atribuye «una espúrea función de segundo filtro de legalidad civil y nunca resignado al papel que le sería propio de mera ordenanza registral» En descargo diremos que si bien sus normas pueden parecer a veces un tanto pejugueras, sirven de garantía al cónyuge cotitular de ataques no justificados de pleitistas avispados o abusones.

El autor dedica especial atención a los presupuestos del embargo de gananciales, tema que, como se ha dicho especialmente, nos interesa, y critica la expresión y hasta la construcción gramatical del artículo 1.373 del Código Civil cuando dice que cada cónyuge responde de sus deudas propias «y si sus bienes privativos no fueran suficientes... el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales» En la práctica los problemas son múltiples y enojosos, ciertamente.

Con la disolución de la sociedad y su consiguiente liquidación, operaciones complejas que se detallan, el autor cumple generosamente el ciclo expositivo de la materia.

Un libro densísimo, todo contenido y con una completa exposición legal y doctrinal. Hay que leerlo con calma, pues dice muchísimo y sugiere bastante más.

Para quienes a diario tenemos cuestiones suscitadas por el entramado jurídico de la comunidad de gananciales, este libro será de uso indispensable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 585 (Junio 1993)

- «Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley General de Consumidores y Usuarios», por DOMINGO BELLO JANEIRO, pág. 5647
- «Las máquinas como instrumento de contratación (reflexiones a vuelapluma sobre una nueva forma de contratación en masa)», por CELESTINO A. CANO TELLO, pág. 5683.
- «Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal estado actual de un debate permanente», por EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, pág. 5689.
- «La normativa para los extranjeros no comunitarios en España», por FERNANDO FLORES GIMÉNEZ, pág. 5759.
- «La responsabilidad del transportista y la compensación de créditos efectuada por sus clientes según el Derecho portugués», por JOSÉ LUIS SARAGOÇA, pág. 6009.
- «Los derechos del pasajero por aire», por ENRIQUE MAPELLI LÓPEZ, pág. 6021.
- «El salvamento marítimo ambiental», por RAMÓN FERNÁNDEZ-GUERRA, pág. 6033.
- «Estudio específico del problema de la muerte en el donante cadáver a la vista de las informaciones científicas y tecnológicas ocurridas en las ciencias biomédicas», por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, pág. 6119.
- «Acerca de la regulación jurídica de los ensayos clínicos en España», por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 6169.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Julio-Agosto 1993)

- «La fuerza vinculante del contrato. Especial consideración en los contratos fácticos Derecho español y de la Comunidad Europea», por JAIME SANTOS BRIZ, págs. 651-662.
- «Planteamientos generales sobre responsabilidad por custodia en el Derecho romano, en la tradición romanística y en la codificación», por RAMÓN HERRERA BRAVO, págs. 663-684.
- «Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989», por ISAAC TENA PIAZUELO, págs. 685-721.

ACTUALIDAD CIVIL**Núm. 30 (1993)**

«Régimen del juicio ejecutivo en general y del fundado en la póliza de crédito en cuenta corriente en particular después de la Sentencia 14/1992, de 10 de febrero, del Tribunal Constitucional», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA.

Núm. 31 (1993)

«Nulidad de matrimonio», por GABRIEL GARCÍA CANTERO.

Núm. 32 (1993)

«Anotaciones relativas a las reformas introducidas en los procesos civiles por la Ley 10/1992, de 30 de abril», por JOSÉ ANTONIO MARTÍN MARTÍN.

Núm. 33 (1993)

«Algunos problemas sobre las funciones de las entidades de gestión de derechos de autor», por GUILLERMO OROZCO PARDO.

Núm. 34 (1993)

«El Convenio Europeo de Munich ante la protección de nuevas tecnologías», por CARLOS LEMA DEvesa.

Núm. 35 (1993)

«Notas en torno al concepto de Derecho procesal», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO**Núm. 134 (Julio-Agosto-Septiembre 1993)**

«Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa», por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, pág. 13.

«¿Nuevo procedimiento de tramitación y aprobación de los proyectos de compensación?», por FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, pág. 79.

«La responsabilidad de la Administración en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico», por CARLOS NAVARRO DEL CACHO, pág. 79.

«El control de las Comunidades Autónomas sobre los actos de las Corporaciones Locales con ocasión de la aprobación definitiva de los planes urbanís-

- ticos. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1990», por JOSÉ M.^a CHAPÍN BLANCO, pág. 111.
- «La ordenación jurídica de la zona de servicio de los puertos de interés general», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, pág. 117.
- «El catastro de urbana», por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 165.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 207 (Enero-Marzo 1993)

- «Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI», pág. 9.
- «El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», por RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, pág. 37.
- «La Ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito», por IGNACIO LOJENDIO OSBORNE, pág. 95.
- «EDI (Electronic Data Interchange): Estado de la cuestión en UNCITRAL», por AGUSTÍN MADRID PARRA, pág. 115.
- «Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», por ALBERTO DÍAZ MORENO, pág. 151.
- «La unificación de la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte (ETT): una presentación», por DAVID MORÁN BOVIO, pág. 207.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 80 (Abril-Junio 1993)

- «Los conflictos ideológicos en el siglo XVIII español», por ANTONIO MORALES MOYA, pág. 7.
- «La transición local en Galicia: Continuidad de las élites políticas del franquismo y renovación de los gobiernos locales», por GUILLERMO MÁRQUEZ CRUZ, pág. 39.
- «Valor y Ley», por ANGEL CUENCA, pág. 121.
- «Primeras reflexiones sobre el Consejo Económico y Social», por AGUSTÍN S. DE VEGA, pág. 157.
- «Elites, factores estructurales y democratización (una discusión de aportes recientes en la literatura», por FELIPE AGÜERO PIWONKA y MARJANO TORCAL LORIENTE, pág. 329.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 162 (1992)

- «Transformaciones del mundo rural y políticas agrarias», por FELISA CEÑA DELGADO, pág. 11.
- «Economía de red y reestructuración del sector agroalimentario», por RAÚL H. GREEN y ROSELI ROCHA DOS SANTOS, pág. 37.
- «Análisis de los resultados de la política de precios iniciada a finales de la década de 1960 sobre la superficie y producción del sector triguero», por MERCÉ SALA RÍOS, pág. 63.

- «Capacidad tecnológica y políticas comerciales en el comercio hortofrutícola», por ANA ALDANONDO y JOSÉ M.^a ALVAREZ-COQUE, pág. 79.
- «Evaluación del proyecto de reforma agraria de Andalucía», por FRANCISCO AMADOR y otros, pág. 105.
- «La inmigración en la agricultura del País Valenciano», por LORENZO AVELLA REUS, pág. 133.
- «El consumo de vino», por ISABEL BARDAJI AZCÁRATE, pág. 153.
- «El sector porcino español: consecuencias de la entrada en la Comunidad y perspectivas de futuro», por LUIS MIGUEL ALBISU AGUADO y otros, pág. 183.
- «Análisis del consumo de la carne de ovino en España», por A. LAAJIMI y J. BRIZ ESCRIBANO, pág. 201.
- «La agricultura griega en el proceso de integración europea», por N. MARAVEYAS, pág. 223.

DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núm. 20 (Enero-Marzo 1993)

- «La noción jurídica de la profesión agraria en las leyes españolas a la luz de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución española», por D. LLOMBART BOSCH, pág. 5.
- «Sistema impositivo español aplicado al agricultor. Breve referencia a la determinación del valor de los bienes inmuebles rústicos en el impuesto sobre bienes inmuebles», por A. MORO GRACIA, pág. 16.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 134 (Enero-Junio 1993)

- «Los ilegítimos en la Península ibérica durante la Baja Edad Media», por F. R. AZNAR GIL, págs. 9-48.
- «Vida y obras del canonista Miguel Thomas de Taxaquet (1529-78)», por V. DURBA LLOBAT, págs. 49-73.
- «Donné et construit en el Derecho canónico», por M. I. ALDANONDO SALAVERRIA, págs. 75-100.
- «La ejecución civil de sentencias canónicas por incapacidad, error y miedo», por A. VILLAR PÉREZ, págs. 101-166.
- «Claves de lectura del Derecho eclesiástico italiano», por A. MOLINA MALIA, págs. 167-205.
- «La nueva configuración del área de religión católica en la LOGSE y sus disposiciones de desarrollo: consecuencias jurídicas», por A. MARTÍNEZ BLENCO, págs. 209-242.
- «A uniao de facto no direito português», por J. J. ALMEIDA LOPEZ, págs. 243-250.
- «El concepto de laicidad y su evolución en el Derecho francés», por J. MARTI SÁNCHEZ, págs. 251-278.
- «Denys Exiguus (465-550). Precisions et correctifs concernant sa vie et son oeuvre», por N. DURA, págs. 279-290.
- «Boletín de legislación canónica particular española, 1992», por F. R. AZNAR GIL, págs. 291-318.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3 (1993)

- «Algunas consideraciones sobre la regulación de las causas de nulidad, separación y divorcio de la Ley de 7 de julio de 1981», por FRANCISCO JAVIER PEREDA GÁMEZ, pág. 613.
- «La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas y el Tribunal Constitucional», por JOSÉ MANUEL BANDRÉS, pág. 643.
- «La marca derivada: su regulación en la Ley de 1988», por ALBERTO CASADO CERVIÑO, pág. 659.
- «A propósito de la STC 222/1992, de 11 de diciembre. Las relaciones de hecho. Una lectura civil», por ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 675.
- «La Ley de Censos de 1990», por M. DOLORS I ORIOL SAVALL I LÓPEZ-REYNALS, pág. 695.
- «Actas de disconformidad y suspensión de ingresos tributarios. Unas reflexiones», por JORGE G. MAURINO DE VIGO, pág. 707.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 1 (Enero-Junio 1993)

- «La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», por M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, pág. 7.
- «Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», por S. ALVAREZ GONZÁLEZ, pág. 39.
- «El papel de la autoridad central: Los Convenios de La Haya y España», por A. BORRAS RODRÍGUEZ, pág. 63.
- «La cooperación judicial en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, pág. 81.
- «El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», por E. PÉREZ VERA, pág. 101.
- «Las reservas en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado», por F. J. QUEL LÓPEZ, pág. 115.
- «La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», por S. SÁNCHEZ LORENZO, pág. 131.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Núm. 832 (Enero-Febrero-Marzo 1993)

- «Reflexiones sobre el contrato contemporáneo», por CARLOS MARCELO D'ALESSIO, pág. 15.
- «Una resolución ministerial que restablece los principios de la función notarial», por FRANCISCO FERRARI CERETTI, pág. 29.
- «La legitimación registral de las sociedades constituidas en el extranjero», por LEON HIRSCH, pág. 35.

- «Publicidad imperfecta. Descargo profesional», por CARGAT, pág. 45.
- «La batalla de Caseros y su importancia histórica», por JUAN JOSÉ CRESTO, pág. 53.
- «La protección del medio ambiente en su relación con la práctica notarial», por JOSÉ GUGLIETTI, pág. 65.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 190 (Julio-Diciembre 1991)

- «El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho civil iberoamericano», por JOSÉ M.^A CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 7.
- «El arbitraje y los juicios laborales», por JULIO E. SALAS VIVALDI, pág. 19.
- «Norberto Bobbio. Una filosofía jurídica para fines del siglo XX», por JESÚS ESCANDÓN ALOMAR, pág. 27.
- «Operación de franchising», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 35.
- «Acción de protección, cuestión de constitucionalidad, ley interpretativa y derecho de propiedad. A propósito de un conflicto inconcluso», por CARLOS ALVAREZ CID, pág. 53.
- «La cosa juzgada del juicio ejecutivo», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 81.
- «Dos sentencias en materia de superposición minera», por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 89.
- «El control de opinión pública y el sistema político chileno», por JOSÉ BIDART HERNÁNDEZ, pág. 107.
- «La noción de la seguridad jurídica en el pensamiento de Jorge Millas», por ENRIQUE MUNTA ROJAS, pág. 121.
- «Determinación de competencia del Juez de menores», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 131.
- «Aplicación práctica de la libertad vigilada, contenida en la Ley 18.216, en la provincia de Concepción (período 1984-1991)», por JUANA SANHUEZA ROMERO, pág. 133.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE (Enero-Abril 1993)

- «Evangelio, derecho natural y propiedad privada», por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO Pelayo, pág. 11.
- «El derecho de resistencia en el pensamiento político», por CARLOS SEPÚLVEDA VALLE, pág. 55.
- «Yucatán: el origen del amparo local», por MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA, pág. 77.
- «Consideraciones penales en torno a la ubicación y relevancia del consentimiento de la víctima en la eutanasia (primeras aproximaciones)», por ENRIQUE DÍAZ ARANDA, pág. 95.
- «Sistemas penitenciarios y derechos humanos», por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 117.
- «Algunas consideraciones sobre la libertad de imprenta y el derecho a la información», por PEDRO ALFONSO LABARIEGA, pág. 135.

- «Perspectivas del *ombudsman* frente a la realidad social de la Administración pública estatal y municipal», por TERESITA RENDÓN HUERTA BARRERA, pág. 153.
- «Derecho a la iniciativa económica», por MAURICIO LIMÓN AGUIRRE, pág. 173.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núm. 1 (1991)

- «Las nuevas tendencias del Derecho de familia», por LUIS DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, pág. 1.
- «La adopción en Puerto Rico», por JOSÉ RAFAEL LEÓN SOTOMAYOR, pág. 13.
- «Un reto a la Junta editora entrante de la Revista de Derecho Puertorriqueño», por FERNANDO L. TORRES RAMÍREZ, pág. 31.
- «El concepto de relación causal en casos de contaminación de sustancias tóxicas: un análisis de la teoría de costo y beneficio», por CYNTHIA COLÓN DE RIBOT, pág. 39.
- «Las presunciones judiciales y la doctrina de *res ipsa loquitur*», por WILFREDO LUCIANO QUIÑONES, pág. 55.
- «El concepto de dependencia en la Ley de compensaciones por accidentes de trabajo», por ENRIQUE A. MARTÍNEZ MADERA, pág. 67.
- «El patrono sucesor: una doctrina en evolución ante las transformaciones corporativas», por MYRNA ORTIZ LIZARDI, pág. 93.
- «Hacia un deber legal del farmacéutico de orientar al paciente», por ANA E. VÉLEZ CARRASQUILLO, pág. 117.
- «Aspectos legales de decisiones médicas vitales sobre infantes que nacen con impedimentos severos», por WEALTHIA M. RODRÍGUEZ RAMOS, pág. 145.
- «Análisis socio-legal de la Ley número 19 de 11 de julio de 1991», por MIGUEL SEGÚI FIGUEROA, pág. 163.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA

DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Núm. 24

- «El Derecho agrario iberoamericano. Su vocación regional», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
- «El Derecho agrario y su vocación regional. Sentido y principios funcionales», por ROMÁN J. DUQUE CORREDOR, pág. 27.
- «Perfil para un balance jurídico de la reforma agraria peruana», por LORENZO TOLENTINO TAPIA, pág. 33.
- «El Derecho agrario iberoamericano. Su vocación regional», por BLANCANIEVE PORTOCARRERO, pág. 43.
- «Individualización del Derecho agrario», por ADOLFO GELSI BIDART, pág. 53.
- «Relaciones de la agricultura tradicional con el ausentismo y la diserción escolar. El referente empírico del piedemonte barinés», por CÁNDIDO A. PAREDES, pág. 63.
- «Derecho agrario y propiedad forestal en Galicia», por JOSÉ M.^A FRANCO GARCÍA, pág. 73.

- «El mundo de Cristóbal Sánchez, campesino de los Andes», por GERMAN WETTSTEIN, pág. 95.
- «La implantación del cultivo del trigo en la cordillera de Mérida durante la dominación colonial», por NELLY VELÁZQUEZ, pág. 115.
- «Las reformas y adicionales al artículo 27 constitucional (1857-1922)», por CARLOS HUMBERTO DURAND ALCÁNTARA, pág. 139.
- «Biotecnología, agricultura y ecología, un dilema para el futuro», por LUIS RODRIGO SAYAGO, pág. 159.

NOTICIAS C.E.E.

Núm. 102 (Julio 1993)

- «Competencias comunitarias, competencias estatales y subsidiariedad», por SUSANA GALERA RODRIGO, pág. 11.
- «Novedades en la jurisprudencia de la Corte constitucional y el Consejo de Estado italianos acerca de la utilización de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 CEE. Su influencia sobre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», por JUAN MANUEL TRAYTER, pág. 21.
- «Control comunitario de las privatizaciones de empresas por las autoridades españolas», por LUIS CASES PALLARÉS, pág. 31.
- «La aplicación del Derecho de la competencia según la doctrina de los efectos calificados», por MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ, pág. 41.
- «La actividad desarrollada por las Comunidades Europeas en el ámbito del Derecho concursal», por CARLOS A. ESPLUGUES MOTA pág. 57.
- «Transporte internacional de viajeros por carretera en el ámbito comunitario, el Reglamento 684/92 del Consejo de 16 de marzo por el que se establecen normas comunes en esta clase de transporte, efectuado con autocares y autobuses», por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 75.
- «La aplicación de las normas comunitarias de competencia al transporte marítimo», por FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE, pág. 81.

Núms. 103-104 (Agosto-Septiembre 1993)

- «Hacia la ciudadanía europea», por JUAN IGNACIO AGUIRRE GONZÁLEZ, pág. 11
- «Condicionamientos y características de la armonización de legislaciones en la Comunidad Europea», por JOSÉ A. GIRÓN LARRUCEA, pág. 15.
- «La aplicación del Derecho comunitario en el ámbito registral y notarial: nuevas perspectivas», por JUAN M.ª DIEZ FRAILE, pág. 53.
- «El acuerdo en materia de patentes comunitarias. Situación actual y perspectivas de futuro», por ALBERTO CASADO CERVIÑO y JAIME COS CODINA pág. 67
- «Contratos públicos en la CEE», por LUPICINIO RODRÍGUEZ y otros, pág. 75.