

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIV • Marzo-Abril 2008 • Núm. 706

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

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.^a Cabello de los Cobos y
Mancha**
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Juan Luis Iglesias Prada
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios del
Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO	517
«Interés particular y poder comunitario en la propiedad horizontal: el criterio de la máxima utilidad del inmueble», por GERMÁN DE CASTRO VÍTORES	579
«La igualdad de rango hipotecario», por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE.	597
«Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación», por RAMÓN DURÁN RIVACOBIA	655
«La modernización de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación», por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN	725

DICTÁMENES Y NOTAS

«Las Resoluciones de la Dirección General y el deber de obediencia de los Registradores», por CELESTINO PARDO NÚÑEZ	767
«Capacidad de testar e hipoacusia del testador», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	785
«Reflexiones acerca del discurso jurídico», por FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO	795
«Los nombres geográficos de los vinos de Castilla y León: notas críticas», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA	813

DERECHO COMPARADO

«Violación, fraude y abuso de la ley y la Constitución», por IVÁN ESCOBAR FORNOS	841
--	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 899

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- El régimen legal del Título Preliminar del Código Civil en la doble nacionalidad, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 915

1.2. Derecho de familia:

- La indemnización tras la nulidad matrimonial, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 920

1.3. Derechos reales:

- La tradición instrumental como peculiar forma de tradición, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 925

1.4. Sucesiones:

- La aceptación tácita de la herencia. Requisitos para su existencia. Actos inequívocos, claros y precisos que revelen la voluntad de aceptar, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 930

1.5. Obligaciones y contratos:

- La imputación de pagos presupone la existencia de varias deudas contra el mismo obligado y a favor del mismo acreedor, por ISABEL MORATILLA GALÁN 933
- La duración de los arrendamientos rústicos y el mecanismo de prórrogas tácitas a la luz de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por ROSANA PÉREZ GURREA. 937

1.6. Responsabilidad civil:

- El consumidor que ha sufrido un daño por un producto defectuoso es el que ha de acreditar el defecto, el daño y el nexo entre ambos, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ. 942

2. MERCANTIL

- «Retribución extraestatutaria» y «torpe» de un Consejero Delegado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2006, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 950

3. JURISPRUDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LETRADOS ADSCRITOS 972

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1013

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «El Registro de la Propiedad y las preferencias de crédito en la ejecución y en el concurso», de JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPERO-CHIPI, por JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA 1037
- «Medios indirectos de protección del derecho de crédito», de JOSÉ CERDÁ GIMENO, por JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA 1042

REVISTA DE REVISTAS 1051

ESTUDIOS

Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (1)

por

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

SUMARIO

IV. LOS PACTOS SUCESORIOS:

1. DISPOSICIONES GENERALES:

- A) *La admisibilidad de otros pactos sucesorios distintos de aquellos típicos en la LDCG/2006.*
- B) *La capacidad de obrar para otorgar pactos sucesorios.*
- C) *Los requisitos de forma: La escritura pública.*
- D) *El otorgamiento por mandatario que cuente con poder especial.*
- E) *Valor interpretativo e integrador de los usos y de las costumbres locales respecto de las estipulaciones paccionadas.*

2. LOS PACTOS DE MEJORA:

- A) *Concepto y caracteres.*
- B) *Objeto.*
- C) *Contenido del pacto de mejora: Con entrega de bienes al mejorado y sin entrega de bienes:*
 - 1.^a posibilidad, pacto de mejora con entrega de bienes.
 - 2.^a posibilidad, pacto de mejora sin entrega de bienes.
- D) *Pérdida de eficacia del pacto de mejora. Causas.*

(1) Este trabajo es continuación del titulado *La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia*, publicado en el núm. 705 (enero-febrero) de esta Revista.

3. LA DENOMINADA «MEJORA DE LABRAR Y POSEER». CONSTITUCIÓN TESTAMENTARIA Y POR PACTO:
 - A) *La mejora de labrar y poseer en las Leyes de Derecho Civil de Galicia.*
 - B) *Concepto.*
 - C) *El lugar acasado, la explotación agrícola y la comercial y fabril como bienes indivisibles en la partición de la herencia.*
 - D) *Pérdida de eficacia del pacto de mejora de labrar y poseer.*
4. LA APARTACIÓN:
 - A) *Concepto y aproximación inicial.*
 - B) *La prestación a cargo del apartante.*
 - C) *Requisitos subjetivos del apartado:*
 - a) *Condición de legitimario.*
 - b) *Apartado que pierde sobrevenidamente su condición de legitimario.*
 - D) *Eficacia subjetiva del pacto.*
 - E) *Exclusión de la condición de heredero ab intestato.*
 - F) *El carácter colacionable de lo dado en la apartación.*
 - G) *Pérdida de eficacia sobrevenida de la apartación:*
 - a) *¿Mutuo disenso y revocación unilateral?*
 - b) *La posición de los acreedores.*

V. EL USUFRUCTO VOLUNTARIO DEL CÓNYUGE VIUDO:

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES DE SU REGULACIÓN EN LA LDCG/2006.
2. TÍTULOS DE CONSTITUCIÓN Y REQUISITOS DE FORMA:
 - A) *El usufructo viudal de origen convencional.*
 - B) *El usufructo viudal testamentario.*
3. EL USUFRUCTO VOLUNTARIO VIDUAL, ¿PUEDE SUPONER UN GRAVAMEN CUANTITATIVO DE LA LEGÍTIMA?
4. SUPUESTOS DE INEFICACIA SOBREVENIDA.
5. FACULTADES DISPOSITIVAS DEL USUFRUCTUARIO:
 - A) *La inalienabilidad del usufructo voluntario viudal.*
 - B) *El carácter renunciabile del usufructo voluntario.*
 - C) *La redención o conmutación del usufructo viudal voluntario.*
6. LAS OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO:
 - A) *Anteriores a la entrada en la posesión de los bienes.*
 - B) *Durante la posesión de los bienes dados en usufructo.*
7. DERECHOS —O FACULTADES— DEL USUFRUCTUARIO UNIVERSAL.
8. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL VOLUNTARIO:
 - A) *Causas que operan ex lege.*
 - B) *Causas que operan a instancia de los nudo propietarios.*

III. CONSIDERACIÓN FINAL.

IV. LOS PACTOS SUCESORIOS

El artículo 181 de la LDCG/2006 establece que, además de por testamento y por virtud de las disposiciones legales, la sucesión se defiende, en todo o en parte, por «*cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme a Derecho*». La regulación de los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia del año 2006 integra el contenido del Capítulo III («*De los pactos sucesorios*») de su Título X que, a su vez, se divide en cuatro Secciones, rubricadas de la manera que sigue: «*Disposiciones generales*» (arts. 209 a 213), «*De los pactos de mejora*» (arts. 214 a 218), «*De la mejora de labrar y poseer*» (arts. 219 a 223) y «*De la apartación*» (arts. 224 a 227). A este elenco de pactos sucesorios ha de añadirse la viabilidad de la constitución paccionada del usufructo voluntario del cónyuge superviviente (*ex art. 228 de la LDCG/2006*, cuya regulación integra el contenido del Capítulo IV de su Título X).

Como se puede fácilmente deducir del mero elenco de contenidos del referido Capítulo III, en la LDCG/2006 se regulan los pactos de mejora, la llamada mejora de labrar y poseer y la denominada apartación o «*apartamento*». Todas estas instituciones ya habían sido acogidas en la derogada Ley de 1995, si bien con una regulación más incompleta en algunos casos y distinta en otros, fundamentalmente si se toma en consideración el radicalmente diverso sistema legitimario diseñado en la nueva Ley gallega de Derecho Civil. Se puede apreciar también que el usufructo universal del cónyuge viudo ya no se regula en sede de pactos sucesorios, sino que integra el contenido de un capítulo distinto, el IV (arts. 228 a 236), ubicado sistemáticamente en el mismo Título X. El artículo 228 de la LDCG/2006 permite su constitución paccionada en escritura pública, sin perjuicio de la posibilidad de constitución testamentaria, tanto unilateral o recíproca, como en testamento mancomunado, lo que advierte la doble naturaleza que la institución puede presentar en el Derecho Civil propio de Galicia al amparo de la vigente Ley 2/2006.

1. DISPOSICIONES GENERALES

A) *La admisibilidad de otros pactos sucesorios distintos de aquellos típicos en la LDCG/2006*

El artículo 209 de la LDCG/2006 dispone, con carácter enunciativo, que «*sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con la presente ley, son pactos sucesorios: 1.º) Los de mejora. 2.º) Los de apartación*». El significado que cabe otorgar a este precepto, además del obvio —anunciar los dos tipos de pactos sucesorios objeto de regulación—, es que el

legislador admite la posibilidad de otros pactos sucesorios que no son objeto de regulación en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Estos otros pactos sucesorios, admisibles conforme a Derecho, son por supuesto aquellas modalidades de delación paccionada de la herencia admitidas de conformidad con el Derecho Civil territorial común y que suponen una excepción a la regla de la interdicción de estos pactos (delegación de las facultades de ordenación de la sucesión por el causante —fiducia sucesoria—, la promesa de mejorar o no mejorar y la mejora irrevocable, la donación *propter nuptias* de bienes futuros hecha en capitulaciones matrimoniales antenupciales y los admitidos en la derogada legislación en materia de explotaciones familiares agrarias de 1981), así como aquellos otros negocios jurídicos *post mortem* que pueden asimilarse, al menos en sus efectos, a los pactos sucesorios, como es el caso del seguro de vida para el caso de muerte del asegurado, los pactos de continuación y de sucesión en el marco de las sociedades civiles (2).

Tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 209 LDCG, interpretado sistemáticamente, algunos autores provenientes del ámbito notarial postulan la calificación del sistema de pactos sucesorios en el Derecho Civil propio de Galicia como un sistema de *numerus apertus*. Frente a la interpretación sostenida en el párrafo precedente, reforzada por el argumento de la toma en consideración del argumento derivado de la aplicación supletoria de los artículos 656 y 1.271 del Código Civil —lo que, a mi juicio, difícilmente puede compartirse—, señalan estos autores como argumentos en los que fundar su tesis los que siguen (2bis): 1.º El artículo 209 LDCG admite, en su tenor literal, la existencia de pactos sucesorios distintos de los expresamente regulados en la LDCG. 2.º No prevé la sanción de nulidad para los pactos sucesorios no previstos legalmente. 3.º Los artículos 176 y 197 de la LDCG/2006 contienen referencias a otros pactos sucesorios. 4.º En las normas generales de regulación de la sucesión contractual no se contiene prohibición expresa alguna.

Frente a los anteriores argumentos, debe afirmarse el indudable carácter de sistema de *numerus clausus* de pactos sucesorios diseñado por el legislador gallego, lo que resulta de los propios antecedentes históricos de la norma, de la revisión de los trabajos preparatorios y de su tramitación par-

(2) Sobre todas estas categorías negociales, puede verse SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Ed. Comares, Granada, 2003, especialmente las págs. 61 y sigs. En particular sobre el pacto de renuncia a la legítima futura, DE BARRÁN ARNICHES, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Ed. Cedcs, Barcelona, 2001.

(2bis) Vid. ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J. y VIDAL PEREIRO, V. M., «Comentario de los artículos 209 a 213 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia (Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*, Vol. I, Ed. Colegio Notarial de Galicia - Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, págs. 342 y 343.

lamentaria, así como del artículo 242 LDCG que veda la validez de cualquier pacto sucesorio diferente del de «apartación» que tenga como objeto la legítima. En efecto, de la inexistencia de una norma expresa que establezca la sanción de nulidad para esos otros, ontológicamente posibles, pactos sucesorios no pueden derivarse conclusiones diversas y ello por cuanto resulta de aplicación para el caso de vulneración de una norma imperativa, la general sanción de nulidad de pleno derecho del acto de contravención que establece el artículo 6.3 del Código Civil. En cuanto al evidente amplio tenor del artículo 209 LDCG/2006 debe ser interpretado en el sentido de que otras normas puedan admitir la validez de fórmulas sucesorias paccionadas diversas de las tipificadas en la LDCG de 2006.

B) *La capacidad de obrar para otorgar pactos sucesorios*

El artículo 210 de la LDCG/2006 establece los específicos requisitos de capacidad que se requieren para otorgar válidamente pactos sucesorios y que no viene sino a exigir que las partes del pacto dispongan de la plena capacidad de obrar: «*Sólo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar*». Debe hacerse notar que la capacidad de obrar plena que se exige y que han de reunir todos los otorgantes del pacto para la validez del mismo se coherente con la requerida, con carácter general, para contratar, resultando habitual en el ámbito del Derecho Civil interregional comparado la previsión de este requisito de capacidad, pudiéndose ejemplificar con el artículo 63 de la LSCMA («*Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad*»). El incumplimiento de la referida exigencia de capacidad conlleva la sanción de anulabilidad del pacto, de conformidad con las reglas contempladas en los artículos 1.300 y 1.301 del Código Civil, como sanción general aplicable a los supuestos de negocios jurídicos otorgados por sujetos aquejados de defectos o vicios de capacidad.

Frente a la previsión que contiene el referido artículo 210 de la LDCG/2006, acaso convenga recordar que la capacidad para hacer testamento no está vinculada necesariamente con la capacidad de obrar, como aptitud legal para realizar actos con eficacia jurídica sino con la denominada capacidad natural del testador y con el cumplimiento de algún requisito legal (alcanzar cierta edad). Ello determina que el estado civil del incapacitado en el momento de testar no excluye por sí mismo la posibilidad de otorgar testamento válido si en ese preciso instante el testador tiene capacidad «natural» suficiente para ello (3). Los artículos 663 y 665 del Código Civil vienen a

(3) Téngase en cuenta, v.gr., que el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de mayo de 1994 [RJ 1994/3723], parece participar de la opinión de que la facultad de testar no

confirmar las precedentes afirmaciones. El artículo 663 del Código Civil prescribe que «*están incapacitados para testar: 1.º los menores de catorce años de uno y otro sexo, y 2.º el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*»; y el artículo 665 del Código Civil señala, con respecto a los incapacitados, que «*siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*». Entonces, ser mayor de catorce años y hallarse en *cabal juicio* se presentan como requisitos ineludibles para otorgar válidamente testamento, pero no es precisa la capacidad de obrar plena.

Al anterior requisito subjetivo de capacidad debe añadirse la exigencia de que el otorgante del pacto sucesorio ha de ostentar la vecindad civil gallega que, en el caso de concurrir también a su otorgamiento, el beneficiario del mismo, habrá de concurrir también en este último (3bis).

C) *Los requisitos de forma: La escritura pública*

El artículo 211 de la LDCG/2006 contempla como requisito de forma *ad solemnitatem* de los pactos sucesorios, el otorgamiento en escritura pública, bajo sanción, para el caso de incumplirse este requisito de forma, de «*no producir efecto alguno*». Sanción esta consistente en la privación de efectos, que ha reconducirse a la categoría de la nulidad de pleno derecho. Los actos y negocios que no producen efecto alguno son los aquejados de aquellos vicios que conllevan la nulidad del tipo referido. Se configuran así los pactos sucesorios como negocios jurídicos formales, erigiéndose la integración de la forma notarial en un requisito de la validez de los mismos. Lo que no exige la validez de los pactos sucesorios es la unidad de acto, en el sentido de que la aceptación por el mejorado o por el apartado, según el caso de que se trate, puede suceder en un momento temporal posterior al otorgamiento, sin que haya de vincularse, como regla general, a la aceptación de la herencia.

El precepto que ahora nos ocupa no viene sino a generalizar para todos los pactos sucesorios regulados en la LDCG/2006 el requisito de la forma

constituye materia propia de una sentencia de incapacitación, al advertir que la disposición contenida en la sentencia de incapacitación, según la cual: «*la incapacitada no tiene capacidad para testar en ninguna de las formas legalmente establecidas*», no se puede interpretar en un sentido absoluto sino «*teniendo en cuenta la integración normativa que en relación con el caso supone, entre otros, el artículo 665, respecto de los requisitos especiales del testamento en intervalos lúcidos*». Vid. el comentario de esta STS realizado por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO en CCJC, núm. 36, 1994.

(3bis) Vid. ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J. y VIDAL PEREIRO, V. M., «Comentario de los artículos 209 a 213 de la LDCG de 2006», *op. cit.*, págs. 352 y 353.

pública ya previsto en el artículo 135 de la LDCG/1995 para la apartación y que se reitera, para el caso de la constitución paccionada del usufructo voluntario viudal, en el artículo 228 de la LDCG/2006. Se trata, además, de un requisito de forma generalizado en el ámbito del Derecho Civil Foral Comparado, como se pone de relieve con la colación de la Ley 174 de la CDCFN —exige su otorgamiento en «*capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública*»— y los artículos 62 de la LSCMA, 67 de la CSCMC —para la institución contractual de heredero—, 72 de la CDCB y 74 de la LDCFPV.

Los pactos sucesorios que se regulan en la LDCG están sometidos a la publicidad que concede el Registro General de Actos de Última Voluntad, en el que deben hacerse constar (*ex art. 3.ª del Anexo II del RNot.*).

D) *El otorgamiento por mandatario que cuente con poder especial*

Al igual que el testamento, parece evidente que el pacto sucesorio es un negocio jurídico personalísimo (4). Así lo dicen algunos preceptos que lo regulan en los Derechos Civiles territoriales —como es el caso del art. 64 de la LSCMA, que prohíbe expresamente el otorgamiento mediante representante (5)—, y así lo preveía también el artículo 129 de la LDCG/1995 respecto del pacto de mejora, del que preconizaba expresamente su carácter personalísimo (5bis). Así lo entienden también algunos autores para el caso de los escasos pactos vigentes en el ámbito del Derecho Civil territorial común. En este sentido, LACRUZ precisaba que el contrato sucesorio es evidentemente personalísimo para quien lo otorga (6) y ROCA SASTRE y PUIG FERRIOL no dudan en afirmar el carácter personalísimo de los pactos, por lo menos, en relación con el causante (7). El legislador gallego, de manera acorde con el carácter fuertemente notarial de la regulación del Derecho de Sucesiones, ha

(4) Así lo ponían, *v.gr.*, de manifiesto en el marco de la LDCG/1995, BERMEJO PUMAR, M.ª M., «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *La Ley de Derecho Civil de Galicia: Balance de un lustro y análisis de su revisión* [R. Rodríguez Montero, Coord.], *op. cit.*, págs. 106; GARCÍA RUBIO, M.ª P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, págs. 1418 a 1420.

(5) *Vid.* BATALLA CARILLA, J. L., «Ley de Sucesiones. Comentarios breves», *op. cit.*, pág. 53.

(5bis) La SAP de A Coruña, Sección 3.ª, de 11 de octubre de 2001, dictada a propósito de un pacto de aportación, admitió, bajo la vigencia de la LDCG de 1995, la validez de la representación voluntaria para su otorgamiento, siempre que se trate de un mandato expreso, lo que, a su vez, tiene como corolario, la posibilidad de ratificación, expresa o tácita, del negocio realizado.

(6) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V (*Derecho de Sucesiones*), Ed. J. M.ª Bosch, Barcelona, 1993 (5.ª ed.), pág. 334 (§ 60.279).

(7) ROCA SASTRE, R. M.ª/PUIG FERRIOL, L., «Anotaciones a Kipp», en *Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976 (2.ª ed.), T. V-1.º, pág. 408.

decidido introducir una quiebra en el principio del carácter personalísimo de los pactos sucesorios, admitiendo la validez de su otorgamiento mediante mandatario o apoderado que cuente con un poder especial y en el que, además, se contengan los elementos esenciales del pacto sucesorio que el representante va a otorgar (art. 212 de la LDCG/2006). Razonable parece considerar, de conformidad con las premisas precedentes, que, en el caso de otorgamiento de un pacto sucesorio por un representante que no cuente con poder especial para el negocio *mortis causa* de que se trate o en el que no se contengan los elementos esenciales del mismo (persona a favor de la que ha de otorgarse, tipo de negocio, bienes objeto del mismo, etc.), estaremos en presencia de un negocio ineficaz por existir defectos en las facultades dispositivas o en la legitimación del otorgante y anulable, debiendo admitirse la posibilidad de ratificación ulterior por el representado.

Asimismo la quiebra del principio personalista avala la validez y eficacia de pactos sucesorios formalizados por el comisario designado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 196, 197 y concordantes de la LDCG/2006, sin que el tenor literal del artículo 200.1.2.º LDCG/2006 permita fundar de manera suficiente la tesis contraria (7bis).

E) *Valor interpretativo e integrador de los usos y de las costumbres locales respecto de las estipulaciones paccionadas*

El legislador gallego de 1995 concluía el capítulo de la LDCG de 1995 destinado a la regulación «*de la sucesión testada*» con una norma de naturaleza estrictamente interpretativa y de integración de la voluntad del disponente, en la que se limitaba a remitirse a las normas de este mismo carácter contenidas en el artículo 133 de la LDCG/1995 en sede de pactos sucesorios —estipulaciones en el pacto de mejora que hagan referencia a instituciones consuetudinarias gallegas—, precisando que serán también de aplicación para interpretar e integrar las disposiciones testamentarias. Pues bien, el artículo 213 de la LDCG/2006 viene a ser el heredero de aquella previsión normativa del legislador de 1995, en tanto que prescribe: «*Las estipulaciones contenidas en los pactos de mejora que hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, como la casa, el casamiento para casa, la mejora de labrar y poseer, la compañía familiar o cualquier otra, habrán de ser interpretadas conforme a los usos y costumbres locales*».

Esta remisión supone que, para integrar el contenido de las disposiciones o estipulaciones contenidas en los pactos sucesorios —aunque literalmente la

(7bis) En este sentido, *vid.* ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J. y VIDAL PEREIRO, V. M., «Comentario de los artículos 209 a 213 de la LDCG de 2006», *op. cit.*, pág. 364.

norma se refiere exclusivamente a los pactos de mejora, debe ser extensible a todos ellos— en las que se aluda a instituciones propias del Derecho Civil consuetudinario gallego, habrá de acudir a los usos y costumbres *del lugar* (repárese especialmente que la remisión es a la costumbre local y no a la general).

Esta norma parece situar los medios objetivos de interpretación —usos y costumbres— de las estipulaciones paccionadas por encima de la interpretación subjetiva que preconiza el artículo 675 del Código Civil respecto de la interpretación del testamento al situar el centro de gravedad de la interpretación del negocio jurídico testamentario en la búsqueda de la voluntad del testador. La doctrina que ha interpretado los preceptos concordantes de la LDCG de 1995 ha puesto de manifiesto que también en Galicia lo determinante es la voluntad del testador y ésta se constituye en el *leif motiv* de la interpretación del testamento, de manera que sólo se acudirá a aquellos medios objetivos en el caso de que de la voluntad del testador reflejada en el testamento no se puede determinar el alcance de determinada institución, siendo extensibles estas reflexiones realizadas en derredor de disposiciones testamentarias a las estipulaciones contenidas en los pactos sucesorios. A mi juicio, esto es así por la propia esencia y naturaleza de las disposiciones testamentarias y no porque se aplique supletoriamente el Código Civil, puesto que si existe norma de Derecho Civil propio de Galicia acerca de la interpretación de determinadas cláusulas no cabe acudir a la aplicación supletoria de aquél. Esto no quiere decir que la cita de los instrumentos de interpretación a los que ha de acudir prohíba el recurso a otros distintos cuando estos no sean suficientes y, en este caso sí cabría la aplicación supletoria del Código Civil, *ex* artículo 1.3 de la LDCG/2006 (8).

Algunas de estas instituciones para cuya interpretación el artículo 213 de la LDCG/2006 se remite a los usos y costumbres locales, aparecen enunciadas, a título ejemplificativo, en este mismo precepto, tratándose de categorías o instituciones que pertenecen al Derecho Civil propio de Galicia que tienen un contenido propio en éste y que muchas de ellas han sido objeto de regulación en la propia LDCG —es el caso de la institución de la *casa* (arts. 51 —en el que se establece que la *casa petrucial* y sus anejos constituyen un patrimonio indivisible— y 230); el *casamiento para casa* (art. 160), la *mejora de labrar y poseer* (arts. 219 a 223) o la *compañía familiar* (arts. 157 a 170)— y otras han sido objeto de precisión por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJG (*v.gr.*, entre otras muchas, la de 12 de mayo de 2000 [RXG núm. 27, § 114], a propósito de la indivisibilidad de la *casa petrucial*).

(8) En este sentido también, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 160.

2. LOS PACTOS DE MEJORA

A) *Concepto y caracteres*

El pacto de mejora es aquel pacto de carácter dispositivo cuya naturaleza es la propia de un *pactum de succedendo*, en virtud del cual un ascendiente o, en su caso, ascendientes, convienen la atribución de determinados bienes a favor de un hijo o descendiente. Así resulta del concepto que contiene el artículo 214 de la LDCG/2006: «*Son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos*». Lo primero que llama la atención en el marco de la nueva LDCG es la existencia de un pacto denominado de *mejora* en el marco de un sistema sucesorio en el que se ha prescindido de la institución propia del Derecho sucesorio codicial conocida por tal nombre, de manera que el pacto del mismo nombre no puede consistir en la atribución de la mejora a favor de un descendiente, siendo sustituida por la atribución de bienes concretos.

B) *Objeto*

El ya mencionado artículo 214 de la LDCG/2006 refiere el objeto del pacto de mejora a *bienes concretos* del disponente. La desaparición de la *mejora* como objeto del pacto al que le da nombre —recuérdese que el art. 128 de la LDCG/1995 contemplaba como objeto de este pacto sucesorio la mejora a favor de los hijos o descendientes sin más limitaciones que el respeto a los derechos de los legitimarios— se explica en el marco del sistema sucesorio que diseña la LDCG de 2006 y en el que se prescinde del aludido concepto en el sentido técnico-jurídico que le es propio y que resultaba, hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley de 2006, de lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 808 y en el artículo 823 del Código Civil —como uno de los tercios que integraban la legítima de los hijos y descendientes—. El precepto de la nueva Ley gallega de Derecho Civil parece haber prescindido, al menos así resulta de su tenor literal, de la posibilidad de que el pacto se refiera o tenga por objeto una cantidad o una cuota parte del caudal relicto o de los bienes y derechos que integren la herencia del disponente —en el sistema anterior, el mejorado lo podía ser en consideración a un bien o bienes determinados o en atención a la atribución de una cuota (9)—, al contemplar como objeto del mismo, exclusivamente, bienes

(9) Entre otros, BERMEJO PUMAR, M.ª M., «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Libro Homenaje a I. Sánchez Mera*, Vol. II, Ed. Colegio Notarial de A Coruña - CNE, Madrid, 2002, pág. 1235; *ibidem*, «Pactos sucesorios en la Ley de

concretos, lo que concuerda con el hecho de que la única cuota parte hereditaria ha de referirse, en la Ley de 2006, a la legítima.

El correlativo precepto de la Ley de 1995 contemplaba expresamente como límite del pacto de mejora el respeto a los derechos de los legitimarios. Este límite ha desaparecido de la regulación del pacto sucesorio del que nos estamos ocupando, si bien ha de considerarse que sólo del texto literal de los preceptos que tienen como objeto su regulación específica, pues la legítima de los hijos y descendientes parece seguir configurándose como un límite de las facultades dispositivas del causante en virtud de negocios jurídicos con eficacia *mortis causa* y especialmente de lo dispuesto en el artículo 246 de la LDCG/2006, en virtud del que, a falta de acuerdo entre los herederos, la legítima ha de pagarse en bienes o en metálico hereditario, si bien, el artículo 249.1 de la misma Ley señala que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima, siendo considerado, a todos los efectos, como un acreedor, sin perjuicio de la posibilidad que le concede el apartado 3.º de este mismo precepto, de anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad su derecho hereditario, con la finalidad de asegurar el pago del referido crédito, cuyo valor se determina por referencia a su legítima. Así las cosas, no es descartable la viabilidad de los pactos en virtud de los cuales se atribuya a un hijo el bien más relevante desde la perspectiva económica de los que integran la herencia, aun en el caso de que vulnere la legítima del o de los demás hijos o legitimarios que únicamente podrían exigir el pago, como acreedores, del valor de su legítima.

Nada obsta que el pacto de mejora incluya, además, determinadas previsiones o estipulaciones a favor del disponente y que se refieran al bien o a los bienes objeto del pacto, como pueden ser la reserva del derecho de usufructo sobre los mismos, la reserva de la facultad de disponer, siempre que no se realice con entrega de bienes (posibilidad esta, cuya previsión convencional en el pacto admite expresamente el art. 271, regla 1.ª, de la LDCG/2006 y que ha de interpretarse como una facultad personalísima) (10) o la limitación de esta facultad por el mejorado en el caso de que se realice con entrega de bienes, sometiéndose, en este caso, dicha limitación o prohibición de disponer al régimen previsto en el artículo 26.3.ª de la LH.

Derecho Civil de Galicia», en *La Ley de Derecho Civil de Galicia: Balance de un lustro y análisis de su revisión* [R. Rodríguez Montero, Coord.], *op. cit.*, págs. 119 y sigs.

(10) Recuérdese que el artículo 639 del Código Civil permite al donante reservarse la facultad de disponer de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a los mismos, aun habiéndose transmitido la propiedad de los mismos. Con carácter amplio sobre esta facultad del donante, *vid.* BARRAL VIÑALS, I., *La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del art. 639 del Código Civil)*, Ed. J. M.ª Bosch, Barcelona, 1996.

C) *Contenido del pacto de mejora: Con entrega de bienes al mejorado y sin entrega de bienes*

El artículo 215 de la LDCG abre expresamente la posibilidad de que el pacto de mejora conlleve, o no, la entrega presente de los bienes objeto del mismo al «mejorado» —*rectius*, adjudicatario—, siendo el régimen jurídico aplicable a los actos de disposición que sobre los mismos pueda realizar el adjudicante diverso:

1.^a posibilidad, pacto de mejora con entrega de bienes

En el caso de que la celebración del pacto de mejora conlleve la entrega —presente o coetánea— de los bienes objeto del mismo al adjudicatario, éste adquiere la propiedad de los mismos. Sin perjuicio de que se produzca este efecto transmisivo del derecho de propiedad sobre los bienes objeto del pacto, como consecuencia de su concertación y otorgamiento en escritura pública, sin necesidad, como regla general, de *traditio* real de los mismos, el adjudicante puede reservarse de modo expreso la facultad de disposición sobre los mismos. En efecto, el artículo 216 de la LDCG/2006, al igual que sucede en el ámbito de otros Derechos Civiles y Territoriales, contempla una previsión reclamada por la doctrina que había estudiado esta forma de delación de la herencia en la Ley de 1995 (11), prevé que en el pacto sucesorio «de mejora» pueda «determinarse el ámbito residual de las facultades dispositivas de los adjudicantes, por actos inter vivos, a título oneroso o gratuito». De acuerdo con esta genérica posibilidad, el inciso final de la regla 1.^a del artículo 217 de la propia LDCG/2006 prescribe que, cuando el pacto de mejora se realiza con la entrega simultánea de los bienes objeto del mismo, el adjudicante sólo podrá disponer de los bienes, aún a título oneroso, si se ha reservado de modo expreso esta facultad, cuya virtualidad, frente a terceros de buena fe, exige su inscripción en el Registro de la Propiedad, siempre que se trate de bienes de naturaleza inmueble, debiendo hacerse notar que al igual que sucede en el Derecho codicial con la mejora realizada por donación con entrega de bienes (*ex art.* 825 del Código Civil), la transmisión de la propiedad que se opera en virtud del pacto que nos ocupa es susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, en defecto de reserva expresa de la meritada facultad por el adjudicante, éste carece de facultad dispositiva alguna sobre los bienes objeto del pacto que han sido objeto de entrega al adjudicatario.

(11) V.gr., BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 242.

En el caso de pacto de mejora con entrega simultánea de bienes, la premoriencia del mejorado al adjudicante no supone la pérdida de eficacia del pacto (art. 218.2.º de la LDCG/2006). En relación con esta afirmación, debe recordarse que el artículo 182 de la LDCG/2006 suprimió la aplicación en Galicia del derecho de reversión de las donaciones realizadas por los ascendientes que establece el artículo 812 del Código Civil.

2.ª posibilidad, pacto de mejora sin entrega de bienes

En el supuesto de que la celebración del pacto no conlleve la entrega de bienes por el adjudicante al adjudicatario, aquél conserva la propiedad de los mismos, hasta el momento en que se produce la apertura de su herencia, lo que no obsta su calificación como negocio atributivo *inter vivos* con eficacia *post mortem*, siendo la muerte del instituyente o disponente el término y no la causa del negocio en virtud del que se opera una transmisión *mortis causa* (12). Derecho de propiedad que implica la posibilidad de disponer de los bienes objeto del pacto de mejora en virtud de negocios jurídicos con eficacia *inter vivos* y a título oneroso (art. 217, regla 1.ª de la LDCG/2006), restringiéndose de este modo las facultades dispositivas del propietario en virtud de negocios jurídicos de naturaleza gratuita, tengan éstos eficacia *inter vivos* o *mortis causa*. Sin embargo, la regla 4.ª del artículo 217 de la LDCG/2006 abre la posibilidad de que convencionalmente el adjudicante se reserve de manera expresa también las facultades dispositivas en virtud de negocio jurídico gratuito. La sanción prevista para el caso de que el adjudicante disponga de los bienes objeto del pacto, careciendo de la facultad dispositiva, es la ineficacia del negocio de disposición —se somete así al régimen de las disposiciones realizadas *a non domino*, sin que pueda considerarse afectado de vicios que determinen su nulidad—, de manera que, fallecido el causante y abierta su sucesión hereditaria, el mejorado podrá ejercitar las acciones pertinentes en orden a obtener la posesión de los bienes (regla 4.ª del art. 217 de la LDCG/2006), entre las que se encuentra la posibilidad de ejercitar el denominado «interdicto de adquirir» (*ex* art. 250.1.3.º de la LECiv/2000). Es claro que el mejorado, frente al adquirente a título gratuito del bien objeto del pacto, puede ejercitar la acción rescisoria, pero no frente al tercero de buena fe que haya adquirido a título oneroso.

(12) *Vid.*, ampliamente, IMAZ ZUBIAUR, L., *La sucesión paccionada en el Derecho Civil vasco*, Ed. La Notaría - Col.legi Notaris de Catalunya, Madrid/Barcelona, 2006, págs. 482 y sigs.

D) *Pérdida de eficacia del pacto de mejora. Causas*

El artículo 218 de la LDCG/2006, a la vez que prevé la posibilidad de la ampliación convencional de las causas en virtud de las que el pacto de mejora puede perder, sobrevenidamente su eficacia, enumera las siguientes circunstancias como causas determinante de aquel efecto (12bis):

1.^a) Incumplimiento por el mejorado de las obligaciones por él asumidas en el pacto de mejora. La norma es similar a la que se contiene en el artículo 647 del Código Civil a propósito de la revocación de las donaciones a instancia del donante en aquellos supuestos en los que el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso, en cuyo caso los bienes donados se reintegran al patrimonio del donatario, considerándose nulas las disposiciones realizadas por el donatario, así como las hipotecas constituidas sobre los bienes, sin perjuicio del mantenimiento de la vigencia y eficacia de los adquirentes de buena fe tutelados por las normas hipotecarias, lo que supone la remisión a la protección del tercero registral que reúna los requisitos enunciados en el artículo 34 de la LH. En efecto, aunque el precepto del Código Civil se refiere literalmente a «condiciones» impuestas al donatario, la doctrina y la jurisprudencia del TS (*v.gr.*, SSTs de 19 de octubre de 1973 [RJ 1973/3800], de 25 de junio de 1990 [RJ 1990/4893] y de 28 de julio de 1997 [RJ 1997/5809]), de manera consone consideran que no se utiliza este término, en la referida sede, en su sentido técnico de sucesos inciertos, sino en el corriente o coloquial de obligaciones o cargas que pueden imponerse al donatario.

A propósito de esta causa de pérdida sobrevenida de eficacia del pacto de mejora debe resultar de aplicación la regla contenida en el artículo 653 del Código Civil a propósito de la intransmisibilidad de la acción de revocación de las donaciones por causa de ingratitud a los herederos en el caso de que el donante, pudiendo ejercitarla en vida, no lo hubiese hecho. En efecto, nada impide que el mejorante renuncie al ejercicio de la acción de revocación del pacto con fundamento en la causa que ahora nos ocupa, sin que pueda considerarse de orden público la norma objeto de interpretación, sino sometida al principio de autonomía privada.

2.^a) La premoriencia del mejorado al mejorante, salvo que se haya pactado expresamente la sustitución o que la mejora se haya realizado con entrega simultánea de bienes. En este último supuesto, esto es, mejora con entrega simultánea de bienes, comoquiera que el mejorado se ha convertido

(12bis) El carácter dispositivo del precepto es sostenido por ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J. y VIDAL PEREIRO, V. M., «Comentario de los artículos 214 a 218 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, Vol. I, *op. cit.*, pág. 502.

en propietario, los bienes objeto de la mejora se transmiten integrando o formando parte de su caudal relicto, de conformidad con las reglas que rijan su sucesión hereditaria.

3.ª) El hecho de que el mejorado incurra en causa de desheredación o de indignidad para suceder por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria. Las justas causas de desheredación se contemplan en el artículo 263 de la LDCG/2006: negar alimentos a la persona del testador, maltratarle de obra o injuriarle gravemente, incumplir de manera grave o reiterada los deberes conyugales, así como las causas de indignidad para suceder que se enuncian en el artículo 756 del Código Civil. Para que el pacto de mejora pierda eficacia no es necesario que se haya expresado en el testamento que el mejorado ha incurrido en justa causa de desheredación, sino que basta con que se aprecie esta circunstancia. Sin embargo, el inciso segundo del número 3.º del artículo 218 de la LDCG/2006 introduce innecesariamente cierta dosis de confusión, pues refiere la causa de desheredamiento o de indignidad cuya concurrencia determina la pérdida sobrevenida de eficacia al pacto sucesorio que nos ocupa, exclusivamente a la «conducta injuriosa o gravemente vejatoria» del mejorado en relación con el atribuyente, pero si reparamos en el elenco de justas causas de desheredación antes referidas ninguna de todas ellas son reconducibles a la conducta referida y no lo son, en particular, las causas de indignidad para suceder consideradas como justas causas de desheredación.

En el caso de que haya habido entrega simultánea de bienes, la pérdida sobrevenida de eficacia del pacto tendrá lugar en el caso de ingratitud del mejorado. La LDCG/2006 no contiene un concepto de *ingratitud* del mejorado, debiendo considerarse como tal aquellos comportamientos reveladores de una falta de agradecimiento de especial gravedad apreciada desde una perspectiva objetiva, de conformidad con el concepto ofrecido, *v.gr.*, por la STS de 13 de mayo de 2000 [RJ 2000/3410] a propósito de la revocación de las donaciones por causa de ingratitud *ex* artículo 648 del Código Civil. La duda que puede plantearse en relación con la interpretación y aplicación de la causa de pérdida de eficacia del pacto de mejora de que ahora nos estamos ocupando es si resulta de aplicación el sistema tasado de causas de ingratitud que contiene el precepto codicial al que se acaba de hacer referencia —comisión de un delito contra la persona, el honor o los bienes del donante; imputación al donante de un delito que da lugar a procedibilidad de oficio, salvo que se haya cometido contra el mismo donatario; denegación indebida de alimentos— o si, por el contrario, se trata de un concepto susceptible de ser integrado casuísticamente de conformidad con la valoración del comportamiento del mejorado en relación con el disponente, remitiéndose esta valoración, en última instancia, a la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales.

También puede plantearse en este caso la subsistencia de la eficacia de los actos dispositivos —tanto enajenaciones como gravámenes— realizados por el mejorado con anterioridad a la anotación registral de la demanda revocatoria o, lo que es lo mismo, la aplicación de la norma contemplada en el artículo 649 del Código Civil para el caso de revocación de las donaciones por causa de ingratitud, para cuyo caso se prevé expresamente el mantenimiento de la eficacia de aquellos actos dispositivos. La regla de mantenimiento o inatacabilidad de los actos de enajenación y gravamen realizados por el mejorado ha de mantenerse hasta el momento en que se pueda acreditar que el adquirente ha conocido o pudo conocer la demanda revocatoria —aun no anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad— (13), sin perjuicio de que el disponente tenga derecho a exigir del mejorado el valor de los bienes objeto del pacto de mejora y que fueron enajenados por éste o, en su caso, la cantidad que represente la suma garantizada hipotecariamente con cargo a dichos bienes.

Ha de plantearse en este supuesto también si el adquirente del mejorado que tenga la condición de titular registral del bien objeto del pacto de mejora y que inscribe su adquisición se sitúa al amparo de los efectos de las acciones de revocación sobre el bien en cuestión sin que traigan razón de causas que consten explícitamente en el Registro de la Propiedad. La respuesta afirmativa habría de justificarse en el hecho de que, al igual que sucede en el supuesto del artículo 37.3.º de la LH para el caso de ejercicio de retractos legales, el adquirente del titular registral de un bien inmueble recibido en virtud del pacto de mejora resultará afectado por la revocación, por causa legal, de éste, aun cuando su revocabilidad no conste específicamente en el Registro, si consta la adquisición de la propiedad por el transmitente en virtud del pacto de mejora, en tanto que es la Ley la que determina los supuestos de pérdida de eficacia y revocación del mismo.

A las causas enunciadas en el artículo 218 de la LDCG/2006 ha de añadirse la que resulta de la regla 2.ª de su artículo 217: Disposición por el atribuyente, del o de los bienes objeto del pacto de mejora, en los casos en que no se haya realizado con entrega simultánea de bienes y la disposición se realice por acto voluntario con eficacia *inter vivos* y a título oneroso, si bien la ineficacia del pacto, en este caso, se limita respecto del bien que haya sido objeto de disposición por el atribuyente en el caso de que el pacto afecte a una pluralidad de bienes. Así las cosas, el acto de disposición realizado por el instituyente tiene

(13) En este sentido, a propósito de la interpretación del artículo 649 del Código Civil, entre otros, DÍAZ ALABART, S., «Comentario del artículo 649 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo, Dir.), T. VIII, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1986, pág. 336; ZURILLA CARINANA, M.ª Á., «Comentario del artículo 649 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil, op. cit.* (2.ª ed.), pág. 831.

un doble efecto: traslativo a favor del adquirente y resolutivo del derecho del mejorado (14). En todo caso, la ineficacia del pacto por esta causa conlleva la restitución de la prestación realizada, en su caso, por el mejorado. En el caso de que la restitución no puede tener lugar *in natura* o de manera prístina, se sustituirá por su equivalente pecuniario o en metálico. La regla 2.^a del artículo 217 de la LDCG/2006 no aclara si para el cálculo de este equivalente en metálico habrá de tenerse en cuenta el valor de la prestación en el momento en que se realizó o en el momento en que surge el derecho a su reintegración, debiendo optarse por esta segunda posibilidad.

La regla 3.^a del artículo 217 de la LDCG/2006 precisa que los actos de disposición de los bienes objeto del pacto que no tengan su origen en la voluntad del mejorante no producen el efecto revocatorio del pacto, subrogándose las contraprestaciones en lugar del bien inicialmente previsto. Actos de disposición realizados sin voluntad del mejorante serán aquéllos consecuencia de un procedimiento de ejecución, singular o universal, sobre su patrimonio.

Esta consecuencia, la ineficacia sobrevenida del pacto también debe producirse en aquellos supuestos en los que la disposición del bien objeto del pacto de mejora se realice por el disponente en virtud de un negocio jurídico gratuito si se ha reservado expresamente la facultad de disposición expresamente y por este tipo de negocios, como resulta de la interpretación de la regla 4.^a del artículo 217 de la LDCG/2006.

Por último, adquiriendo el mejorado la propiedad del bien en virtud de un negocio jurídico de naturaleza gratuita, está sometido al poder de agresión de los acreedores del disponente o mejorante, de conformidad con las previsiones de los artículos 1.111 y 1.297, párrafo 1.º del Código Civil; así como a la posibilidad del ejercicio de acciones de reintegración que se ejerciten en el seno del procedimiento de ejecución universal o concursales, presumiéndose *iuris et de iure* la existencia de perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 71.2 de la LC/2003 (15).

(14) Al igual que sucede en los casos en los que el donante que se haya reservado la facultad de enajenar ejercite ésta. *Vid.*, por todos, BIONDI, B., «Le donazioni», en *Trattato di Diritto Civile italiano* (F. Vassalli, Dir.), Vol. XII, T. IV, UTET, Turín, 1961, pág. 868; BARRAL VIÑALS, I., «La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del art. 639 del Código Civil)», *op. cit.*, pág. 237.

(15) *Vid.*, entre otros, BUSTO LAGO, J. M., «La formación de la masa activa del concurso: Especial consideración de las acciones de reintegración», en *Estudios de Derecho Concursal* (A. J. Pérez-Cruz Martín, Dir.), Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2005, especialmente las págs. 411 a 413.

3. LA DENOMINADA «MEJORA DE LABRAR Y POSEER». CONSTITUCIÓN TESTAMENTARIA Y POR PACTO

A) *La mejora de labrar y poseer en las Leyes de Derecho Civil de Galicia*

Con origen en el «Texto articulado» presentado al Parlamento gallego en 1991 por la «Comisión non permanente de Dereito Civil galego» que, en este aspecto, presentaba una sistemática más adecuada que la presentada por el «Consello da Cultura Galega», en tanto que distinguía nítidamente la constitución del usufructo viudal universal y del derecho de labrar y poseer por pacto y en testamento, el párrafo 1.º del artículo 144 de la LDCG/1995 precisaba que el testador puede ordenar las atribuciones patrimoniales en que se plasman el usufructo universal del cónyuge viudo y la denominada «mejora de labrar y poseer» de manera unilateral y como disposiciones a título singular. En efecto, así resultaba del término *testador* utilizado en dicho precepto —lo que denota que el negocio jurídico en el que se establecen tales disposiciones es el testamento— y de la previsión expresa que lo haga mediante *legado*. En consecuencia, tanto el usufructo viudal universal como la mejora de labrar y poseer podían ser disposiciones constituidas testamentariamente, además de que podían constituirse mediante pacto sucesorio. Es éste precisamente el objeto de los preceptos que ahora nos ocupan y que integran la Sección 3.^a —«*De la mejora de labrar y poseer*»— del Capítulo III del Título X de la LDCG/2006. Los artículos 130 a 133 de la LDCG/1995 preveían que la mejora de labrar y poseer pudiese atribuirse testamentariamente en forma de legado —lo que era extensivo a cualquier otro tipo de mejora, sin que este modo de constitución hubiese de restringirse a la de labrar y poseer— o mediante pacto en virtud de negocio jurídico con eficacia *inter vivos* y de carácter irrevocable.

B) *Concepto*

El artículo 219.1 de la LDCG/2006 señala que «*el ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasado, aunque las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra*», precisando su apartado 2.º que, salvo que en el pacto se dispusiera otra cosa, la adjudicación íntegra de alguna de las explotaciones a las que se refiere el precepto, supone la institución como heredero, con todas las consecuencias que ello conlleva, del descendiente al que se le haya atribuido.

El mejorado, adjudicatario de la explotación agrícola, comercial o fabril, puede compensar en metálico a los demás interesados en la partición. Así se

pronuncia el artículo 221.1 de la LDCG/2006, lo que, en realidad quiere decir que los demás legitimarios únicamente tienen derecho, en el caso de que en el patrimonio del causante no resten otros bienes distintos del atribuido al mejorado para pagar sus legítimas, a exigir el pago de una suma de dinero equivalente a su cuota legitimaria —lo que concuerda con la consideración del legitimario como acreedor *ex art.* 249.1 de la LDCG/2006—, que podrá ser pagada por el mejorado en dinero extrahereditario y no sólo esto, sino que, además y con la finalidad de evitar poner en peligro la continuidad de la integridad de la explotación económica atribuida al mejorado en los primeros años, el apartado 2.º del mismo artículo 221, le concede un plazo de cinco años, contados a partir del momento de apertura de la sucesión, al mejorado para hacer frente a dicho pago, eso sí, ofreciendo garantías del pago y generando la cantidad adeudada el interés legal del dinero a favor de los demás legitimarios.

C) *El lugar acasado, la explotación agrícola y la comercial y fabril como bienes indivisibles en la partición de la herencia*

De forma similar a la LDCG/1995 (en sus arts. 9 y 131), la Ley de 2006 declara que la «*casa petrucial*» con sus anexos constituye un patrimonio indivisible (art. 51) (16), y en el ámbito del denominado pacto de «*mejora de labrar y poseer*» proclama la indivisibilidad de «*la casa petrucial y su era, corrales y huertos, tratándose de lugar acasado*», carácter de bien indivisible que le conviene tanto en la sucesión *mortis causa*, testada o intestada, como en las particiones que el ascendiente haga en vida (al amparo de las previsiones de los arts. 273 y sigs. de la LDCG/2006) (17). La afirmación que

(16) Sobre el concepto de *casa petrucial* en el Derecho Civil propio de Galicia, *vid.* ESPÍN ALBA, I., «Comentario del artículo 9 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo/S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1997, págs. 188 a 196.

(17) La *casa petrucial* y el *caserío* constituyen los dos ejemplos más paradigmáticos de universalidades de bienes a las que las normas civiles propias de los distintos Derechos Territoriales o Forales que contemplan aquellas instituciones, las dotan del carácter de indivisibles a efectos de la partición hereditaria, sin perjuicio de la posible consideración de esta naturaleza con efectos en otros ámbitos del Derecho Civil Patrimonial. El *caserío* como universalidad indivisible a distintos efectos (retractos de colindantes y sucesorios, así como a efectos de la división de la herencia) tiene relevancia en el Derecho Civil Territorial propio del País Vasco (la RDGRN de 23 de julio de 1925 admitió la adjudicación por el comisario de un caserío vasco, que constituía el único bien de la herencia, a uno de los herederos, con fundamento en el artículo 1.056 del Código Civil, lo que presupone asumir la equiparación de la partición realizada por el comisario a la realizada por el causante) y también en Asturias (*vid.* ARANGO Y CANGA, L. G., «Notas al margen del caserío o casería asturiana», en *RCDI*, 1952, pág. 671. Con carácter general, MURIAS TRAVIESO, J., «Notas sobre el caserío», en *RDP*, junio de 1957, págs. 637 a 641, en la que concluye afirmando

acaba de realizarse supone dotar a la norma de una eficacia general en el ámbito del Derecho de Sucesiones en Galicia, aun cuando ello supone superar la literalidad del precepto, en tanto que el artículo 220 de la LDCG/2006 remite la indivisibilidad a «*los casos a que se refiere el artículo anterior*», esto es, al supuesto del pacto de mejorar de labrar y poseer.

De esta manera, la «*casa petrucial*» y sus anejos [constituidos por los enunciados en el art. 220 de la LDCG/2006: era (18), corrales y huertos] constituyen una unidad indivisible —también en el caso de sucesión paccionada o contractual—. A diferencia de lo que sucedía bajo el imperio de la Ley de 1995, este carácter indivisible se hace extensivo al resto de los bienes integrantes de una explotación agraria, lo que se añade a los límites legales preexistentes para este tipo de bienes y, en especial, los derivados de las normas reguladoras de la indivisibilidad de las unidades mínimas de cultivo (art. 24.1 de la LMEA de 1995 y Decreto 330/1999, de 9 diciembre [DOG núm. 246, de 23 de diciembre de 1999], por el que se establecen las unidades mínimas de cultivo para el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, diferenciando terrenos de secano y de regadío y estableciendo extensiones superficiales distintas acordes con las peculiaridades de cada comarca). Ha de tenerse en cuenta que, a efectos registrales, el número 2.º del artículo 44 del RH contempla la posibilidad de inscripción bajo un solo número de «*los cortijos, haciendas, labores, masías, dehesas, cercados, torres, caseríos, granjas, lugares, casales, cabañas y otras propiedades análogas que formen un cuerpo de bienes dependientes o unidos con uno o más edificios y una o varias piezas de terreno, con arbolado o sin él, aunque no linden entre sí ni con el edificio, y con tal de que en esta casa haya unidad orgánica de explotación o se trate de un edificio de importancia al cual estén subordinadas las fincas o construcciones*».

La norma que ahora nos ocupa —y especialmente la derivada del art. 219.1 de la LDCG/2006, en cuanto que contempla expresamente que las tierras de labor que forman parte de un lugar acasariado estén separadas— supone una

«*que sólo a medida que se modernicen y racionalicen los medios y procedimientos de explotación del caserío (hoy lamentablemente primitivos), y se le aproxime a la “empresa”, parecerán más aceptables algunas de las soluciones que en el espacio de este desaliñado artículo hemos apuntado escuetamente*»). En el caso del Derecho Civil Foral del País Vasco, las especialidades sucesorias en la propiedad del caserío guipuzcoano se contemplan en los artículos 153 y sigs. de la LDCFPV, permitiéndose expresamente la disposición por el causante en régimen de proindivisión a favor de varios coherederos forzosos (art. 154.1 de la LDCFPV). En cuanto a su carácter indivisible, así viene a asumirlo, v.gr., la sentencia de la AP de Vizcaya de 12 de marzo de 1998 [AC 1998/3892].

(18) Carácter indivisible que ha de coherarse con la comunidad germánica existente, en algunos supuestos, sobre la *aira de mallar* (SSAP de Lugo de 22 de marzo de 1998 [AC 1998/4709] en la que se considera que la desaparición del estado primitivo determina su divisibilidad; y, estimando su existencia, Ourense, Sección 2.ª, de 25 de febrero de 2002 [AC 2002/267]).

necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial que resulta de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia de 12 de mayo de 2000 [RJ 2001/4315] vino a precisar, frente a los motivos de casación esgrimidos por el recurrente, quien a efectos de que se le adjudicase en la división de la herencia una finca rústica próxima a la «*casa petrucial*», pero separada de ésta por una vía pública, «*considera que es un hecho notorio que los predios más próximos a la casa petrucial, como el citado, sean adjudicados al heredero mejorado*», que «*lo cierto es que no cita el recurrente en qué costumbre compilado o en qué resolución de dichos Tribunales [TS, TSJ y antigua AT de Galicia] se recoge expresamente como tal el hecho notorio que articula, lo que ya de principio lleva al fracaso tal motivo, que tampoco se puede sustentar en vulneración de las disposiciones testamentarias, pues lo que de ellas se desprende con respeto a la adjudicación de la casa petrucial con sus anexos (“pasteiro”, “agro”, “devesa”, “aira” y prado) consta cumplido en la partición, sin que pueda ser incluido en los anexos el predio pretendido de “M.V.A.” separado del conjunto por la carretera y que tampoco incluyeron expresamente los causantes en el lote del actor. Lo que pretende el mejorado con su pretensión es obtener una situación más ventajosa en la partición con la adjudicación de un predio próximo a ese contorno separado por la carretera, que, aún admitiendo su conveniencia para la mejor explotación del patrimonio, no resulta de las disposiciones testamentarias ni tiene la consideración de hecho notorio, según lo anteriormente dicho*».

El término *explotación*, referido a explotaciones agrícolas, comerciales y fabriles y en orden a dotarlas de carácter indivisible en la partición de la herencia, puede interpretarse en sentido amplio, comprendiendo incluso la representación en partes de socio de la empresa, aunque literalmente parece que se refiere a empresas individuales concretas o, por el contrario, puede interpretarse de manera más estricta como equivalente a *explotación económica* individualizada. En sentido favorable a esta segunda interpretación, LLOPIS GINER considera que la interpretación del concepto *explotación* en el seno del artículo 1406.2 del Código Civil —a propósito de la regulación de la atribución preferente de determinados bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales, se refiere a la *explotación económica* que uno de los cónyuges gestione efectivamente— debe ser restringida, de modo que sólo quepa su aplicación al primer supuesto —a la *explotación económica* y no a las sociedades de capital o grupo de éstas— y ello fundamentalmente por las dos razones siguientes: 1.^a) El tenor literal del precepto, de manera si el legislador hubiera querido dicha extensión, así lo hubiese hecho constar (como hizo en el caso del art. 1.056, parf. 2.º, del Código Civil, objeto de reforma por la Ley 7/2003, de 1 de abril, en el que se diferencia la indivisión de la *explotación económica* y el mantenimiento del control de una sociedad de capital o de un grupo de éstas). 2.^a) El precepto tiene su razón de ser en

el marco de la liquidación de la sociedad ganancial y respecto de bienes con especial vinculación con uno de los cónyuges (en su organización, gestión, etc.), de manera que si la voluntad de mantener la participación del cónyuge lo es respecto de una sociedad de capital, existen otros medios alternativos que permite alcanzar esta misma finalidad (19).

A falta de previsión de una sanción expresa para el caso de incumplimiento del imperativo de la indivisibilidad que resulta de los preceptos señalados, tratándose de normas de *ius cogens*, ha de aplicarse la que, con carácter general, prevé el artículo 6.3 del Código Civil para los actos de contravención de normas de esta naturaleza, constituida por la nulidad de pleno Derecho (20).

D) *Pérdida de eficacia del pacto de mejora de labrar y poseer*

Como modalidad del pacto de mejora que es, identificada y singularizada por el objeto del mismo, la denominada «mejora de labrar y poseer» puede ser realizada con entrega de bienes o sin entrega simultánea de bienes —así resulta de la previsión del art. 223 de la LDCG/2006 y del hecho de ser el pacto de mejora de labrar y poseer una subespecie del pacto de mejora—. En ambos casos se aplican las causas de pérdida de eficacia del pacto ya expuestas a propósito del pacto de mejora y que se enuncian en los artículos 217, regla 2.ª, y 218 de la LDCG/2006. Pero además y ésta es una singularidad del régimen jurídico de la mejora de labrar y poseer que trae causa de la razón de ser que la justifica, el artículo 222 de la LDCG/2006, añade como causa de pérdida de eficacia del pacto, en el caso de que se haya realizado con entrega simultánea de bienes, el abandono por el adjudicante durante dos años consecutivos, de manera total y sin justa causa, de la explotación de los bienes objeto de la atribución, siempre que este abandono tenga lugar y transcurra íntegramente en vida del adjudicante. El abandono posterior a la vida, *rectius*, al fallecimiento del adjudicante, carece de efectos, debiendo entenderse por abandono la falta de aprovechamiento de conformidad con la naturaleza y destino que es propio de la explotación económica objeto de la mejora, sin que se requiera, a mi juicio, una explotación por el propio mejorado en el sentido del cultivador directo y personal, en el caso de la explotación agrícola, pudiendo entonces valerse de terceros o de personas a su

(19) Vid. LLOPIS GINER, J. M., «La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* (M.ª J. Reyes López, coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 64.

(20) Vid., en este sentido, MUIÑO FIDALGO, L., «Comentario del artículo 131 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo/S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1997, págs. 935 y 936.

servicio en la llevanza de las referidas explotaciones. Se trata, en definitiva, de garantizar la continuidad ordenada de la explotación económica evitando que, como consecuencia de la sucesión de su titular, se extinga o se cese en su actividad.

Hemos visto cómo la prelación del mejorado se erige, como regla general, en una causa de pérdida de eficacia del pacto de mejora (*ex art. 218.2.º LDCG/2006*), en su versión «simple» cuando se haya realizado sin entrega de bienes. Pues bien, en el caso de que la mejora de labrar y poseer no se haya realizado con entrega de bienes, la prelación del mejorado no supone la extinción del pacto —se pone así de manifiesto, de nuevo, el carácter preordenado a la continuidad de la explotación de estas normas—, pudiendo suceder dos posibilidades: 1.ª) Que el mejorado haya designado sucesor en los bienes objeto de la mejora, en cuyo caso el pacto seguirá conservando su virtualidad respecto de este sucesor, siempre que se trate de un hijo o descendiente y, por lo tanto, también descendiente del mejorante. 2.ª) Que el mejorado no haya realizado esta designación, pero tengan hijos o descendientes, en cuyo caso el mejorante podrá sustituir en la mejora al premuerto por uno de sus descendientes, mediante su designación testamentaria o en escritura pública. Esta posibilidad no concurre si el premuerto carece de descendientes.

4. LA APARTACIÓN

A) *Concepto y aproximación inicial*

El último de los pactos sucesorios que contempla la LDCG/2006, integrando la Sección 4.ª (arts. 224 a 227) del Capítulo III del Título X es también el más paradigmático del Derecho Civil propio de Galicia, me refiero al pacto de apartación o *apartamento*, que consiste en la exclusión irrevocable de un legitimario y de su linaje de la condición de heredero forzoso en la sucesión del apartante a cambio de bienes concretos que le son adjudicados por éste. El concepto de apartación se acoge en el artículo 224 de la LDCG/2006, en los siguientes términos:

«Por la apartación, quien tenga la condición de legitimario, si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto, queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados».

Acaso la primera idea que haya de ponerse de relieve es que nos encontramos, en relación con los dos supuestos que hemos analizado hasta este momento —constituidos por los denominados «pactos de mejora» y «mejora

de labrar y poseer»—, es que nos encontramos ante un auténtico pacto sucesorio y no ante una mera liberalidad del causante, en tanto que supone un anticipo de la legítima: el apartado recibe un bien/es determinado/s y el causante se libera de los obstáculos derivados de la existencia del legitimario apartado que le impedían realizar liberalidad por cualquier título. La apartación se ha interpretado y explicado por los comentaristas de este pacto sucesorio en la LDCG de 1995 como un supuesto de efectiva exclusión del apartado de la condición de legitimario a cambio de una contraprestación actual a cargo del causante, sin que necesariamente la actualidad de la prestación a cargo del apartante haya de interpretarse como transmisión o transferencia inmediata de la propiedad de determinados bienes o de la titularidad de determinados derechos, sino que la concertación del pacto hace actual la efectiva prestación futura (21).

Estamos en presencia de un negocio jurídico con eficacia *inter vivos*, en virtud del cual un legitimario —o varios— se excluye voluntariamente de la futura sucesión, tanto si ésta se defiere en virtud de testamento, como si se defiere *ab intestato* —posibilidad, esta última, que contempla expresamente el art. 226 de la LDCG/2006, si media pacto, pero no en caso contrario—, del —o de los— causante a cambio de la transmisión de un bien o de un derecho.

B) *La prestación a cargo del apartante*

De conformidad con el tenor literal del artículo 224 de la LDCG/2006, la prestación del apartante consistirá en la adjudicación de *bienes concretos*. No se precisa que estos bienes hayan de integrar la herencia futura del causante, ni tampoco que sean de una determinada naturaleza, ni siquiera se exige que sean valiables económicamente. En este último sentido, el legislador gallego de 2006 ha zanjado la discusión doctrinal a que daba pábulo la Ley de 1995, estableciendo expresamente, en el artículo 225, que el pacto de apartación puede tener como objeto cualquier bien o derecho, independientemente de su valor.

La apartación hace plenamente efectiva la legítima, sin perjuicio de la posibilidad de su reducción en cuanto sea necesaria para el pago de las legítimas, como precisa el inciso segundo del artículo 259.1 de la LDGC/2006, al regular los efectos de la preterición no intencional. De este modo, el legitimario apartado carece de legitimación activa para el ejercicio de cuantas acciones amparan y protegen la legítima (22), sin perjuicio de que

(21) BERMEJO PUMAR, M.^a M., «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 1237.

(22) Entre otros, PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *RXG*, núm. 13, 1996, pág. 65; LOIS PUENTE, J. M., «De las aparta-

obviamente goce de legitimación activa para cuantas acciones le protejan como parte del negocio sucesorio paccionado, en orden a garantizar su cumplimiento o a impugnar su validez o eficacia por concurrir en él algún vicio que determine alguna de aquellas consecuencias (23).

Sin embargo no puede afirmarse que como consecuencia de la apartación, el legitimario pierda de manera absoluta esta condición, pues en el caso de que no exista el bien objeto de la prestación a que se obliga el apartante, se frustre su percepción o la conservación del mismo por causas imputables al causante —v.gr., en el caso de pérdida del bien a causa de la evicción— o a los herederos de éste, el apartado recuperaría su condición de legitimario (24).

Por otra parte y a diferencia de lo que sucede en el caso de la *definición* en el Derecho Civil balear (*ex art. 51 de la CDCB*), no ha previsto la Ley gallega ninguna consecuencia para el caso de disposiciones testamentarias de contenido patrimonial realizadas por el apartante a favor del apartado. Ante el silencio del legislador gallego ha de considerarse que si aquellas disposiciones han sido realizadas con anterioridad al negocio de apartación y se refieren a la legítima del apartado, pierden su eficacia —solución esta que concuerda con la normativamente prevista en el párrafo 1.º del citado art. 51 de la CDCB—, pero se mantiene la de aquéllas que no se refieran a la legítima y, por supuesto, todas las atribuciones patrimoniales realizadas en testamento de fecha posterior a la apartación.

C) *Requisitos subjetivos del apartado*

a) *Condición de legitimario*

En el apartado ha de concurrir la condición de legitimario del apartante en el momento en que se formalice el pacto de apartación, debiendo determinarse la concurrencia de la referida condición de conformidad con las

ciones», *op. cit.*, pág. 97; IGLESIAS REDONDO, J. I., «Pactos sucesorios (IV). El apartamiento», en *Manual de Derecho Civil gallego*, *op. cit.*, pág. 269.

(23) BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 346.

(24) En este sentido se manifiestan, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, pág. 1449; BERMEJO PUMAR, M.ª M., «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 1256. De esta opinión discrepa, al menos parcialmente, LOIS PUENTE, quien considera que en el caso de pérdida del bien objeto de la apartación por evicción, el apartado tiene derecho a reclamar la indemnización al apartante o a sus herederos, pero solo subsidiariamente podría admitirse el ejercicio de la acción resolutoria con fundamento en el artículo 1.124 del Código Civil y la consiguiente recuperación de la condición de legitimario por el apartado (*vid. LOIS PUENTE, J. M., «De las apartaciones», op. cit.*, pág. 107; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 980).

previsiones del artículo 238 de la LDCG/2006, en el que se determinan los sujetos que tienen la condición de legitimarios (hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos para suceder; así como el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, debiendo ser integrada esta previsión con lo dispuesto en la DA 3.^a de la LDCG/2006), reformada por la Ley 10/2007, de 28 de junio (24bis).

b) Apartado que pierde sobrevenidamente su condición de legitimario

¿Qué sucede cuando en el momento de abrirse la sucesión del apartante, el apartado carece de la condición de legitimario? El supuesto puede plantearse ordinariamente respecto del cónyuge apartado, mediando separación matrimonial, divorcio o nulidad del matrimonio. La ineficacia de la atribución realizada ha sido defendida en este supuesto bajo el sistema de la Ley de 1995, reconocidamente sin demasiada corrección técnica, sobre la aplicación analógica de la norma que contempla la separación, la nulidad o el divorcio como causas de ineficacia de las donaciones *propter nuptias* (art. 116.2 de la LDCG/1995) (25). Comoquiera que esta norma no existe en la Ley de 2006, pues ha desaparecido, con carácter general, dicha causa de revocación de las referidas donaciones realizadas por razón del matrimonio, el argumento no puede utilizarse. Sin embargo, parece razonable pensar en la posibilidad de revocación de la apartación por mor de la desaparición sobrevenida de la causa del negocio (26): apartar de la sucesión hereditaria a un

(24bis) Sobre el significado y contenido de la Disposición Adicional 3.^a de la LDCG/2006, *vid.* BUSTO LAGO, J. M., «Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones *more uxorio* realizada por la Disposición Adicional 3.^a de la LDCG/2006», en AJA, núm. 726, de 19 de abril de 2007, págs. 1 a 8; *ibídem*, «Comentario de la Disposición Adicional 3.^a de la LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006* (A. REBOLLEDO VARELA, Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008; CALVO VIDAL, J. A.; CANTERO NÚÑEZ, F. J.; SANMARTÍN LOSADA, R., «Comentarios a la reforma de la Disposición Adicional 3.^a», en *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia* [...], Vol. II, *op. cit.*, págs. 1309 y sigs.

(25) En este sentido se pronunciaba GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, pág. 1473. En sentido contrario, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 97; y BELLO JANEIRO quien mantenía que «no causa ningún problema el hecho de que el apartado no mantenga la condición de legitimario a la muerte del apartante puesto que el legislador, si bien no con la debida precisión gramatical, sólo toma en cuenta tal condición “en el momento de la adjudicación”, resultando totalmente irrelevante lo que suceda con la misma con posterioridad a la apartación» (cfr. BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 357).

(26) Sobre la categoría jurídica aludida *vid.*, con carácter general, DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio jurídico», *op. cit.*, págs. 313 a 326, bajo la rúbrica «la continuada influencia de la causa».

legitimario que ha dejado de serlo; a través de la aplicación de la doctrina de la base del negocio jurídico. Claro que el carácter irrevocable que atribuye expresamente al negocio el artículo 224 de la LDCG/2006 parece colisionar con la conclusión aventurada.

Pero la pérdida sobrevenida de la condición de legitimario también puede acaecer respecto de un hijo o descendiente del apartante, lo que sucederá en aquellos supuestos en los que aquél incurra en una causa que permita su desheredación justa por el apartante —*ex* art. 263 de la LDCG/2006— o en una causa de indignidad para suceder. En contra de la extensión de los efectos de alguna de estas causas de manera sobrevenida respecto de las atribuciones patrimoniales realizadas en vida por el causante a cambio de la renuncia a la condición de legitimario se pronunciaron algunos autores que han estudiado la regulación de la Ley de 1995 (27), sin que la nueva redacción dada en la Ley de 2006 a la apartación parezca permitir conclusiones discordantes, antes al contrario, el tenor literal del artículo 224 de la LDCG/2006 reafirma el carácter *irrevocable* de la apartación.

También debe plantearse el supuesto en el que el apartante crea que está apartando a un legitimario cuando en realidad no lo es, piénsese en el caso de la apartación del hijo que, en virtud del ejercicio de una acción de filiación ejercitada con posterioridad al negocio apartacional resulta no serlo. El negocio incurriría en vicio de nulidad absoluta derivado del error sobre la persona (*ex* art. 1.266, párrafo 2.º, del Código Civil), por cuanto no puede dudarse de que la consideración a la condición de legitimario del apartado es la causa principal del negocio. No parece acomodarse al supuesto el régimen propio de la anulabilidad, por cuanto ello supondría la posibilidad de confirmación del negocio por el apartante, una vez haya desvelado la condición del apartado y no resulta posible que se confirme como apartación un negocio en el que una de las partes, el apartado, carezca de la aptitud subjetiva requerida para su validez.

(27) En este sentido, sin perjuicio de reconocer que «*lo más justo sería que, dado lo reprobable de las conductas que dan lugar a la desheredación o la indignidad, se permitiese la revocación unilateral por el apartante de la atribución hecha en su día*», GARCÍA RUBIO, M.ª P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, pág. 1472.

La posibilidad de revocación en el caso de desheredación justa es admitida en relación con la institución de la definición propia del Derecho Civil balear por FERRER PONS, J., «Comentario del artículo 43 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Dirs.), T. XXXI, Vol. 1.º, EDESA, Madrid, 2000, pág. 783.

D) *Eficacia subjetiva del pacto*

El pacto de apartación vincula tanto al legitimario apartante como a su estirpe o *linaje*, a tenor del término utilizado en el artículo 224 de la LDCG/2006 —el art. 134 de la LDCG/1995 decía que «*la apartación vincula al apartado y sus sucesores y legitimarios*»—. La eficacia del negocio de apartación es independiente tanto de las vicisitudes que pueda experimentar el patrimonio del apartante —excepción hecha del supuesto en que suponga perjuicio de las legítimas de los no apartados—, como de los sujetos que han intervenido en el negocio. La solución dada por la Ley gallega es común en el ámbito de los Derechos Civiles Territoriales que contemplan negocios de renuncia anticipada a la legítima —en todos ellos se excluye definitivamente al apartado y a su estirpe—, incluido el caso de premoriencia del apartado al apartante. La exclusión de los legitimarios del apartado, que les afecta también en el caso de premoriencia de éste, no requiere la intervención de éstos o la prestación de consentimiento en el negocio apartacional.

E) *Exclusión de la condición de heredero ab intestato*

En ausencia de previsión alguna respecto de la cuestión de la que ahora me ocupo, la mayor parte de la doctrina que estudió la apartación en la Ley de 1995 consideraba que la exclusión del apartado de la condición de legitimario no suponía su exclusión en el caso de que la herencia se defiriese *ab intestato*, de manera que el apartado sería llamado a la misma como un heredero más y en el orden de llamamiento que le correspondiese de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión intestada, sin perjuicio de la obligación de colacionar lo ya atribuido o la posible reducción por inoficiosidad (28). Esta apreciación ha venido a ser confirmada expresamente por el artículo 226 de la LDCG/2006, por cuanto prevé que la exclusión del apartado del llamamiento a la sucesión intestada puede pactarse válidamente. De esta manera, el reconocimiento de la validez del pacto de exclusión de la condición de heredero en la sucesión intestada presupone que, con carácter general, el mero hecho de concluirse el negocio de apartación no supone la exclusión de la posibilidad del llamamiento en caso de deferirse la herencia de acuerdo con las normas de la sucesión intestada.

Es conocido que, en el Derecho Civil Territorial Común, la mayor parte de la doctrina considera que el causante puede otorgar testamento en el que simplemente se limite a eliminar o a excluir de su sucesión a alguna persona o a algún grupo de personas que serían llamados por la ley a su sucesión o,

(28) BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 347.

incluso, a todos ellos —testamento negativo— o en el que, al tiempo que instituye heredero o designa legatarios, excluye de la sucesión legítima a determinadas personas (29). Trasladada esta idea al ámbito del Derecho Civil

(29) En la doctrina española de la segunda mitad del siglo xx se ha planteado, si bien sin la virulencia que la cuestión ha alcanzado en Francia, Italia o Alemania (el §1938 del BGB establece una regulación específica al respecto): «El causante puede, por testamento, excluir de la sucesión legítima a un pariente o al cónyuge, sin instituir un heredero», si el causante puede otorgar testamento en el que simplemente se limite a eliminar o a excluir de su sucesión a alguna persona o a algún grupo de personas que serían llamados por la ley a su sucesión o, incluso, a todos ellos (testamento negativo) o en el que, al tiempo que instituye heredero o designa legatarios, excluye de la sucesión legítima a determinadas personas. Como argumentos contrarios a la admisión de este tipo de disposiciones testamentarias se han esgrimido en la doctrina española el hecho de que el Código Civil guarde silencio al respecto mientras admite la indignidad, la repudiación y la premoriencia como supuestos de ausencia de herederos intestados, que se trate de un acto extraño, contrario a nuestra mentalidad profundamente romanista en este aspecto (PUIG PEÑA, *Tratado*, V.1, pág. 513), el hecho de que el testamento sea configurado en el artículo 667 del Código Civil como un acto de disposición de bienes, mientras que la exclusión no es disposición sino todo lo contrario, la injerencia de la voluntad privada en una materia de orden público como es el ordenamiento legal de la sucesión intestada (PUIG PEÑA, *Tratado*, V.1, Madrid, 1963, págs. 513 y 514; vol. 2, págs. 419 y 420, y MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, *El artículo 891 del Código Civil: la distribución de toda la herencia en legados*, Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, pág. 262); equivale a atribuir al testador el poder de despojar al excluido de la capacidad o aptitud sucesoria de la que le inviste la ley, fundada en una relación de parentesco y que le sitúa en un *status* que el testador no puede desvirtuar.

Sin embargo, los argumentos aportados por los autores que sostienen la inadmisibilidad de las disposiciones testamentarias negativas no parece que tengan el valor suficiente para desvirtuar el valor y el significado de la libertad testamentaria que implica la admisibilidad de esta modalidad. Así, la mayor parte de la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión —DE CASSO, I. («La exclusión de herederos en la sucesión legítima», en *Revista de la Facultad de Derecho*. Madrid, 1940, págs. 5 y 6), CASTÁN (*Derecho Civil español...*, vol. VI-3 [8.ª ed.], págs. 120 a 125), ROCA SASTRE (*Notas a Kipp*, Vol. 1.º, 1951, págs. 58 a 61) y BONET Y LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, pág. 457, §73.350), y CÁMARA LAPUENTE (*La exclusión voluntaria de los herederos legales*, Ed. Civitas-ULR. Madrid, 2000)— consideran que la forma puramente negativa es admisible. Yo mismo me he pronunciado en este sentido, en «La sucesión intestada», *GEC. Derecho de Sucesiones* (R. Bercovitz, Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000 (actualizaciones cuatrimestrales).

La exclusión testamentaria de algún sucesor legal de la sucesión intestada provoca como principal efecto la delación de la herencia como si tales personas no existieran, de forma que, a falta de descendientes y sucesores del excluido en cuyo favor debiera funcionar el derecho de representación (BONET, CASTÁN y LACRUZ, frente al parecer contrario de SALVADOR CODERCH [«Comentarios al art. 258 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIX-3.º, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 57]) si es que no se ha realizado la exclusión de la estirpe, la determinación de los herederos legales se hará conforme a lo establecido en los artículos 921 a 923 del Código Civil (si existen otros herederos del mismo grado que el excluido, a aquéllos acrecerá la parte de éste y, en su defecto, sucederán los de ulterior grado o, no existiendo o habiendo sido excluidos todos, los del siguiente grado que hayan de ser llamados). El excluido en testamento parece que tampoco tendrá las facultades de administración, salvo que de la interpretación del testamento resulte lo contrario, de la herencia del causante que va a parar a sus hijos y ello en virtud de la aplicación analógica de lo

propio de Galicia, nada obsta la viabilidad de la exclusión testamentaria de herederos legales y, además se admite expresamente la exclusión del apartado, en virtud de pacto incorporado al negocio de apartación, de su condición de heredero *ab intestato*. Así las cosas, parece que ha de mantenerse la eficacia y validez de este pacto de exclusión cuando se incorpora al pacto de apartación, pero también —aun cuando, una vez más, la letra de la norma parece abogar por la solución contraria, pues comienza diciendo el art. 226 que «podrá válidamente pactarse»—, si la exclusión se realiza en un testamento posterior, con arreglo a las previsiones del Código Civil. En contra de la admisión de esta posibilidad y, consiguientemente, en pro de la nulidad de una previsión testamentaria con este contenido, podría invocarse que con ello se está alterando por una parte del negocio paccionado —el apartante—, las bases del mismo.

F) *El carácter colacionable de lo dado en la apartación*

El artículo 227 de la LDCG/2006 establece que, como regla general —salvo dispensa expresa por el apartante (30)—, lo dado en apartación ha de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran a la herencia con otros legitimarios —no, entonces, si no hay otros legitimarios, lo que, por otra parte, no deja de resultar una obviedad (30bis)—. La regla establecida en este precepto, apartándose del parecer doctrinal mayoritario expuesto bajo la vigencia de la Ley de 1995 en ausencia de una previsión correlativa (31), es razonable, pues la computación que supone la colación de la herencia es un mecanismo de garantía de las legítimas que no debe dejarse a voluntad del causante quien podría vulnerarlas en virtud de negocios apartacionales. La colación de los bienes atribuidos al apartado se realizará de conformidad con la regla contemplada en el ordinal 2.º del artículo 244 de la LDCG/2006, a tenor de la cual, en orden a su valoración, se tendrá en cuenta

previsto en el artículo 164, párrafo 2.º, número 2, del Código Civil, pues también en este caso parece patente la voluntad del testador de alejar de sus bienes al excluido.

(30) La dispensa por el donante/causante de la obligación de colacionar establecida en favor de alguno o de todos los herederos legitimarios se contempla en el artículo 1.036 del Código Civil.

(30bis) En este mismo sentido, LOIS PUENTE, J. M., «Comentario de los artículos 224 a 227 de la LDCG de 2006», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, Vol. I, *op. cit.*, pág. 569.

(31) De conformidad con la LDCG/1995, se han pronunciado en contrato de que los bienes objeto de la apartación hubiesen de ser colacionados, entre otros, LOIS PUENTE, J. M., «De las apartaciones», *op. cit.*, pág. 101; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 971; DÍAZ FUENTES, A., «Dereito Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 255; BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 359 y 360.

el momento de la transmisión de la propiedad al apartado, actualizándose «*monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima*». Debe hacerse notar que la regla que acaba de reproducirse supone la adopción por el legislador gallego de un criterio diverso del previsto en el Código Civil, en tanto que a tenor de lo dispuesto en su artículo 1.045, la valoración de los bienes colacionables no se refiere al momento de la realización de la liberación, sino que se difiere hasta el instante en el que se proceda a valorar la masa hereditaria en orden a su partición (32), si bien esta valoración deberá referirse al estado físico en que éstos se encontraban en el instante de llevarse a cabo la donación (33). La colación habrá de realizarse pues, en el ámbito del Derecho Civil propio de Galicia, teniendo en cuenta el valor de mercado del bien objeto del pacto de apartación en el momento de perfeccionarse éste, con independencia de las vicisitudes posteriores del mismo, que pudo haber experimentando cambios sustanciales de valor en el lapso de tiempo transcurrido entre el momento de realizarse la apartación y el momento en que se va a proceder al pago de las legítimas a los legitimarios del apartante. En cuanto a la actualización *monetaria* de la suma pecuniaria resultante de dicha valoración, el legislador gallego de 2006 ha prescindido de la previsión del índice que haya de utilizarse en orden a realizar tal actualización, siendo posible acudir tanto a la evolución de los índices de precios al consumo, como a la aplicación de los tipos de interés legal del dinero. La referencia a la actualización *monetaria* parece que conduce a optar por la segunda de las posibilidades de las indicadas.

En cuanto a la dispensa de la obligación de colacionar por el apartado, que la LDCG/2006 contempla expresamente, con arreglo al *régimen codicial*,

(32) En efecto, el artículo 1.045 de Código Civil (y así resulta también de las prescripciones contenidas en el art. 847 del Código Civil) establece como momento de la valoración de los bienes colacionables, no el de la muerte del causante, sino el tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, que será *el más cercano posible al acto de adjudicación de los bienes en la partición*. La cuestión se suscitó abiertamente en el caso resuelto por la STS de 28 de abril de 1988 [RJ 1988/3284]: En sentencia de primera instancia devenida firme se decidió que los bienes donados se colacionarían «*por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada*». En fase de ejecución de sentencia, la Audiencia decidió que la frase anterior había de entenderse por el valor «*a la fecha de la sentencia*». El TS casa la sentencia, señalando que los bienes han de valorarse «*al tiempo de realizar su tasación*». El mismo problema, entre los mismos litigantes, vuelve a aparecer en la sentencia de 17 de diciembre de 1992 [RJ 1992/10696] (el bien donado, originariamente rústico, había devenido urbano). La doctrina jurisprudencial es compartida por las SSTs de 29 de septiembre de 1966 [RJ 1966/4254] y de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989/2161]. En la doctrina, entre otros, VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 1.045 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, dir.), *op. cit.*, pág. 1211; CARBALLO FIDALGO, M., «Las facultades del contador-partidor testamentario», *op. cit.*, págs. 156 y 157. En contra, ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIV, Vol. 2.º, *op. cit.*, págs. 57 y 58.

(33) Aplicando este precepto, entre otras, SAP de Asturias (Sección 6.ª) de 19 de febrero de 2001 [JUR 2001/125801].

la dispensa, como acto de disposición *mortis causa*, es libremente revocable (STS de 13 de marzo de 1989 [RJ 1989/2036]; en contra de lo señalado en la más antigua de 21 de marzo de 1902 [JC T. 93, § 77]), debiendo ser expresamente prevista por el causante y pudiendo formalizarse en el propio testamento o en el título acreditativo del negocio gratuito de transmisión del bien colacionable, sin que, en este último caso, la dispensa pueda revocarse en testamento (la revocación del testamento en el que se contempla la dispensa, obviamente, supone su revocación), aunque sí quepa su revocación, obviamente, en los casos de revocación de la donación al amparo de las previsiones de los artículos 644 y siguientes del Código Civil. Un sector de la doctrina —sobre el fundamento de que, admitiendo el legislador la dispensa en la donación, nada impide su realización posterior con las formalidades propias del negocio de donación— admite, al igual que hace la doctrina italiana, que la dispensa pueda realizarse después de la donación y en un negocio distinto del testamento, siempre que aquél reúna los requisitos formales de la donación (34). Este parecer viene también avalado por el argumento que resulta de la constatación del hecho de que el testador —donante— conserva su plena libertad para regular su sucesión en la forma que estime oportuna. Sin embargo, en estos casos en que la dispensa no se ha dispuesto en el acto de donación, comoquiera que la dispensa posterior es una disposición *mortis causa* de contenido patrimonial y en el Ordenamiento Jurídico sucesorio, propio del Derecho Civil Territorial Común, el único negocio con eficacia *mortis causa* de contenido patrimonial que se admite es precisamente el testamento, no parece que pueda compartirse aquel parecer en defecto de previsión legal expresa al efecto y habiendo desaparecido las razones de economía procesal en atención a las que el codificador civil admite la dispensa en el negocio de donación (35). En este mismo sentido milita el argumento derivado de la consideración de la dispensa formando parte del negocio lucrativo aceptado de manera global por el donatario, de forma que la revocación de la dispensa supone una alteración sustancial de la *base del negocio* (se acepta la donación porque subsistía la expectativa de recibir más en la herencia). En todo caso, entonces, si se aceptase la

(34) De este parecer son autores tan prestigiosos en este ámbito, como VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Estudios de Derecho Sucesorio», T. IV, *op. cit.* (edic. 1982) pág. 502; LACRUZ BERDEJO, J. L./ALBALADEJO, M., «Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 571 (§ 70.427); DE LOS MOZOS, J. L., «La colación», *op. cit.*, pág. 272; ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XIV, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1989, pág. 41; VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 1.036 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, dir.), *op. cit.* (2.ª ed.), pág. 1240.

(35) *Vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», en *ADC*, 1995, pág. 1105 y sigs., especialmente, en este sentido, la pág. 1195.

revocación de la dispensa habría de admitirse la posibilidad de renuncia por el donatario a la donación (36). Esta interpretación resulta, además, acorde con el Derecho Histórico español, representado por las Partidas, en las que se preveía la dispensa de la colación de la donación únicamente «*quando gela daba, o en testamento*» (Partida 6.15.3).

Trasladadas estas consideraciones al ámbito de interpretación del artículo 227 de la LDCG/2006, la dispensa de la obligación de colacionar por el apartado puede realizarse formando parte del negocio apartacional, sin perjuicio de la admisibilidad de la misma realizada en un testamento posterior. En el primer caso, comoquiera que forma parte de la base del negocio de apartación —el legitimario acepta ser apartado y la dispensa de la obligación de colacionar— no podrá ser revocada ulteriormente, salvo en el caso de revocación del negocio en su conjunto. En el segundo supuesto podrá ser revocada de conformidad con las normas que rigen la revocación del testamento en que haya sido dispuesta.

G) *Pérdida de eficacia sobrevenida de la apartación*

a) *¿Mutuo disenso y revocación unilateral?*

Al amparo de la regulación contenida en la Ley de 1995, algún autor proveniente de la práctica notarial llevó a la exasperación el carácter *definitivo* de la exclusión de la condición de legitimario del apartado que predicaba su artículo 134.1, hasta el punto de considerar que, aun cuando, en virtud de un nuevo pacto, apartante y apartado acordasen el retorno de los bienes al patrimonio del apartante, en ningún caso el apartado recuperaría la condición de legitimario (37). Frente a este parecer, la mayor parte de los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión admitían el *mutuo disenso como modo de extinción de la apartación* (38) y esta posibilidad ha de admitirse también bajo la vigencia de la Ley de 2006, debiendo integrar el pacto extintivo, que es posible mientras vivan apartante y apartado y ambos gocen de la plena capacidad de obrar (*ex art. 210 de la Ley 2/2006*), a efectos de su validez, los requisitos formales previstos para el otorgamiento del pacto en su artículo 211. La extinción por mutuo disenso conllevará la restitución de las pres-

(36) Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», Vol. IV, *op. cit.* (7.^a ed.), pág. 588.

(37) Así se pronunciaba GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 96.

(38) Así, entre otros, LOIS PUENTE, J. M., «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 980; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, pág. 1473.

taciones recíprocamente realizadas, debiendo considerarse que el pacto extintivo tiene, a estos efectos, eficacia *ex nunc* (39).

Mayores dificultades entraña la extinción de la apartación en virtud de revocación unilateral, descartándose, en todo caso, la viabilidad de ésta por el apartado, se ha apuntado la posibilidad del ejercicio de la referida revocación unilateral por el apartante. Obviamente no se está pensando en una revocación unilateral sometida a la libre voluntad del apartante, que vulneraría las más elementales normas de la vinculación contractual entre las partes —y, en concreto, lo dispuesto, con carácter general, en el art. 1.256 del Código Civil—, sino en aquellos supuestos en los que el apartado incurriese con posterioridad al pacto en causa de desheredación o de indignidad para suceder, así como en aquellos supuestos en que su conducta pudiera ser calificada como de ingrata respecto del apartante (40). Se trata, en definitiva, de llevar al ámbito del apartamiento las causas en virtud de las que los pactos de mejora quedan sin efecto de conformidad con el artículo 218 de la LDCG/2006, excepción hecha, claro está, de la relativa a la premoriencia del apartado. Precisamente el hecho de que se contemplen aquellas causas respecto de los pactos de mejora y se omita su eficacia en relación con el apartamiento se erige como la principal barrera a su admisión, al utilizar el canon sistemático en la hermenéutica del sistema. En efecto, frente al carácter general con el que se contemplan las causas que habilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, como excepción al principio general de irrevocabilidad, en el artículo 86 de la LSCMA o en el § 2294 del BGB, el legislador gallego del año 2006 ha previsto las causas de revocación únicamente respecto de determinados pactos sucesorios y no respecto del apartamiento. En el caso de admitirse la revocación unilateral por el apartante en los casos enunciados, su ejercicio determinaría la recuperación por el apartado de la condición de legitimario sin perjuicio de que, dado el elenco de causas enunciadas, pudiese ser justamente desheredado o incurrir en causa de indignidad para suceder.

b) *La posición de los acreedores*

La adecuada y acabada respuesta a la cuestión suscitada por el poder de agresión que haya de reconocerse a los acreedores respecto del negocio jurídico constituido por el pacto de apartamiento requeriría la precisión de una premisa previa que condiciona el régimen jurídico que haya de aplicarse, cual es la atinente a la naturaleza onerosa o lucrativa del negocio apartacional. El

(39) PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentario a la DA 1.ª de la LDCG/1995», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, Vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 1380.

(40) En sentido afirmativo bajo la vigencia de la LDCG/1995, se ha pronunciado expresamente GARCÍA RUBIO, M.ª P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, págs. 1475 y 1476.

repaso de la opinión de los autores que se pronunciaron sobre esta cuestión al amparo de las previsiones de la Ley de 1995 no nos depara un panorama alentador en orden a la seguridad de la naturaleza que haya de darse a la apartación. Sirvan como apresurado ejemplo las siguientes opiniones doctrinales: 1.^a) Para algún autor, estamos en presencia de una renuncia onerosa del apartante por precio o recompensa, no traslativa, sino abdicativa (41). 2.^a) Un segundo grupo de autores considera, por el contrario, que no estamos en presencia de declaración unilateral de renuncia abdicativa alguna, en tanto que el apartado no renuncia, sino que recibe antes y que no es onerosa, pues no existe el doble desplazamiento patrimonial que requiere la onerosidad (42). 3.^a) Otros, por el contrario, han considerado que se trata de un negocio dispositivo realizado a título gratuito, sin que el hecho de que no responda a un puro ánimo de liberalidad afecte a esta consideración (43), siendo este parecer asumido a efectos de la tributación del negocio dispositivo que nos ocupa (RDGT de 12 de noviembre de 1997). 4.^a) No ha faltado tampoco quien lo ha equiparado a la donación onerosa, lo que exige el desdoblamiento y la diferenciación entre la parte onerosa y la liberalidad que concurren en la apartación (44). 5.^a) Por último, se ha señalado también el carácter oneroso de la apartación, poniendo de relieve que la onerosidad no exige la realización de prestaciones recíprocas, sino que el negocio implique una sinalagma contractual y en el caso de la apartación se atribuye algo porque se abdica de la futura legítima; y acto seguido se pone de manifiesto el carácter injusto de las consecuencias a que conduce la aplicación de las normas relativas a los contratos onerosos (45).

Partiendo de estas premisas, fácil es aventurar la inseguridad en la que sitúan las consecuencias que se derivan en cuanto a la viabilidad de acciones impugnatorias de la apartación ejercitadas por los acreedores, sean éstos del apartado o del apartante. En el caso de los acreedores del apartado se tra-

(41) DÍAZ FUENTES, A., «Dereito Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 254.

(42) LOIS PUENTE, J. M., «De las apartaciones», *op. cit.*, pág. 87; *ibídem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 950 y 951; IGLESIAS REDONDO, J. I., «Pactos sucesorios (IV). El apartamiento», en *Manual de Derecho Civil gallego*, *op. cit.*, pág. 264.

(43) GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 91. Naturaleza gratuita que también le ha reconocido la SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 22 de septiembre de 1999 [AC 1999/2255].

(44) BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 317. La calificación de la aportación como donación onerosa no sitúa el negocio al amparo de cualquier poder de agresión de los acreedores y, en particular, como susceptible de una acción revocatoria o pauliana si existió ánimo fraudulento en el apartante —deudor— y el apartado que concertó con él el negocio de apartación en fraude de los derechos de los acreedores del primero (*vid.* ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, Ed. CER, Madrid, 2005, especialmente las págs. 426 a 428).

(45) GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, pág. 1406.

tará de aquellos supuestos en los que éstos vean reducidas sus posibilidades de ver satisfechos sus créditos por haber recibido menos de lo que su expectativa legítima representa. Razonable es pensar que si la prestación recibida por el apartado representa un valor patrimonial ínfimo o muy reducido en relación con el caudal del apartante, nos podremos situar en el ámbito de la simulación negocial. En otros supuestos, en los que el valor del bien adjudicado al apartante no permita fundar una acción de nulidad por simulación, pero represente un valor que perjudica objetivamente a sus acreedores —que lo sean en el momento de celebrarse el pacto—, habrá de acudir a la aplicación de la regla general contemplada en el artículo 6.2 del Código Civil, a tenor de la cual el perjuicio de terceros se erige como una barrera a la eficacia de las renunciaciones de derechos, si es que la apartación lo es (46).

Desde la perspectiva del apartante y de sus acreedores —siempre que la fecha de constitución de las obligaciones de las que éstos sean titulares activos sean de fecha anterior al negocio apartacional (47)—, la adjudicación de bienes que representen un valor notablemente superior al que por legítima le correspondería al apartado habilitaría objetivamente el ejercicio de acciones rescisorias por sus acreedores. Si se admite que no estamos en presencia de un negocio gratuito, la impugnación del mismo por los referidos acreedores se reduciría a aquellos supuestos de rescisión al amparo de la previsión del artículo 1.292 del Código Civil —pagos hechos por el deudor en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido— (48); y en el caso de procedimientos universales de ejecución, aun tratándose de un negocio oneroso, se presumirá *iuris tantum* el perjuicio patrimonial de la apartación y ello de conformidad con la previsión del artículo 71.3.1.º de la LC/2003, por tratarse necesariamente de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor una persona especialmente relacionada con el concursado (los legitimarios, cualquiera que sea, se encuentran dentro de las personas que contempla el art. 93 de la LC/2003).

V. EL USUFRUCTO VOLUNTARIO DEL CÓNYUGE VIUDO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES DE SU REGULACIÓN EN LA LDCG/2006

Ubicado de forma sistemática inmediatamente después del Capítulo que lleva por rúbrica «*de los pactos sucesorios*», el Capítulo IV del Título X de la

(46) En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *op. cit.*, pág. 1478.

(47) IMAZ ZUBIAUR, L., «La sucesión paccionada en el Derecho Civil vasco», *op. cit.*, pág. 479.

(48) GARCÍA RUBIO, M.ª P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», *op. cit.*, pág. 1479.

Ley 2/2006, integrado por los artículos 228 a 236, e inmediatamente antes de la regulación de las legítimas, está destinado a la disciplina del usufructo del cónyuge viudo. Ha de precisarse, ya que se trata del usufructo voluntario —aunque esta precisión haya desaparecido del título del capítulo en relación con el que encabezaba la Sección 1.^a del Capítulo II del Título VIII de la LDCG/2005, intitulada «*del usufructo voluntario de viudedad*»—, pues la legítima del cónyuge viudo, en el caso de que la sucesión se defiera testamentariamente, también lo es en usufructo, en distinta cuota en función de si concurre con descendientes del causante —en cuyo caso le corresponde el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario (*ex* art. 253 de la LDCG/2006)— o en ausencia de éstos —supuesto en el que se tiene derecho al usufructo de la mitad del capital, *ex* art. 245 de la LDCG/2006— (49). En el caso de que la sucesión se defiera *ab intestato*, resultan de aplicación las normas del Código Civil relativas a la legítima del cónyuge viudo y a su orden de llamamiento (arts. 834, 837, 838, 944 y concordantes del Código Civil), sin que lo dispuesto en el artículo 240 de la LDCG/2006 pueda interpretarse en un sentido diverso. Lo que no se contempla es la posibilidad de un usufructo viudal universal, a diferencia de lo que sucede en los Derechos Civiles propios de Aragón (arts. 79 y sigs. de la CDCA), Navarra (el denominado «usufructo de fidelidad», Ley 253 de la CDCFN) y Cataluña (art. 331 del CSCM). El carácter voluntario del usufructo del cónyuge viudo regulado en el Capítulo IV de la LDCG/2006, deriva de su naturaleza negocial, y el artículo 228 de la LDCG/2006 ampara su constitución contractual y testamentaria. La viabilidad misma de la posible constitución contractual del usufructo voluntario de viudedad ha permitido su calificación como pacto sucesorio.

2. TÍTULOS DE CONSTITUCIÓN Y REQUISITOS DE FORMA

La acertada regulación del usufructo voluntario de viudedad, integrando el contenido de un capítulo independiente en la vigente LDCG/2006, a diferencia de la posición sistemática de esta institución en la derogada Ley de 1995 que inducía a pensar en su calificación, en todo caso, como pacto o contrato sucesorio, pone de manifiesto la viabilidad de su constitución como pacto sucesorio o negocio de naturaleza contractual de institución, así como en negocio testamentario. El artículo 228 de la LDCG/2006 contempla expresamente la posibilidad que los cónyuges puedan pactar en escritura pública —que podrá ser aquella en la que se otorguen las capitulaciones

(49) A partir de la entrada en vigor de la LDCG/2006 y para las sucesiones causadas después de este momento temporal, no resultan de aplicación en Galicia los artículos 834, 837, 838 y concordantes del Código Civil en el caso de las sucesiones deferidas testamentariamente.

matrimoniales o la que tenga por exclusivo objeto la formalización del negocio convencional de constitución del usufructo— el usufructo sobre todo o sobre parte de la herencia; o que se instituya en un negocio testamentario, con independencia de la forma de otorgamiento y de su carácter mancomunado o no, pudiendo constituirse con eficacia unilateral o recíproca. La opción por uno de estos tipos posibles de negocio de constitución del usufructo viudal voluntario no está huérfana de consecuencias jurídicas, aparejadas a la naturaleza paccionada del negocio de constitución y a la esencial revocabilidad del negocio testamentario.

A) *El usufructo viudal de origen convencional*

Como se ha señalado ya, el usufructo voluntario de viudedad puede constituirse en virtud de un pacto o convenio en virtud del que uno de los cónyuges asigna a favor del otro, o ambos de manera recíproca, el usufructo de toda, o de parte, de la herencia para el caso de que el beneficiado por la atribución sobreviva al atribuyente. Se trata de un negocio con eficacia *mortis causa*, de manera que su eficacia se produce en el momento de fallecimiento del otorgante. La escritura pública se contempla como requisito de forma *ad solemnitatem* —lo que se cohonesta plenamente con la previsión general que para todos los pactos sucesorios prescribe el art. 211 de la LDCG/2006—. Las capitulaciones matrimoniales, que necesariamente han de otorgarse también en forma de escritura notarial (*ex* art. 173 de la LDCG/2006) (50), constituyen un negocio hábil para la inclusión del pacto sucesorio que nos ocupa, como resulta de la previsión expresa que se realiza en el artículo 174 de la propia LDCG/2006, a tenor del cual pueden contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio.

En cuanto a los requisitos de capacidad de los otorgantes, resulta de aplicación la norma contenida en el artículo 210 de la LDCG/2006, como disposición general aplicable a cualquiera de los pactos sucesorios regulados en la misma, a tenor de la cual se exige la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar. De esta manera, los menores de edad que pueden contraer matrimonio y los menores emancipados —téngase en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el art. 316 del Código Civil, el matrimonio produce de Derecho la emancipación— que tienen capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio de la necesidad de complemento de capacidad aportada por el concurso y consentimiento de sus padres, o de su tutor, no podría constituir válidamente en el negocio capitular que puede otorgar el usufructo viudal.

(50) En este mismo sentido, los artículos 1280.3.º y 1.327 del Código Civil exigen la constancia en escritura pública de las capitulaciones matrimoniales como requisito de validez.

B) *El usufructo viudal testamentario*

Además de la constitución convencional, el usufructo del cónyuge viudo puede establecerse en un negocio testamentario, cualquiera que sea la forma en la que se otorgue, siendo la forma adecuada para el caso de institución recíproca de los cónyuges el testamento mancomunado, lo que constituye, en este caso, una disposición recíprocamente condicionada o correspectiva, lo que tiene relevancia en orden a la revocación del testamento y la eficacia de la disposición.

Los requisitos de capacidad y de forma que se exigen en el caso de establecimiento en testamento del usufructo viudal voluntario son los propios del negocio testamentario.

3. EL USUFRUCTO VOLUNTARIO VIDUAL. ¿PUEDE SUPONER UN GRAVAMEN CUANTITATIVO DE LA LEGÍTIMA?

Al amparo del régimen resultante de la LDCG de 1995, doctrina y jurisprudencia coincidían en afirmar que el usufructo universal del cónyuge viudo implicaba un gravamen cualitativo de la legítima que los legitimarios tenían que soportar sin que tuviesen la facultad de conmutarlo (en este sentido se pronunció la STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2003 [RJ 2004, 5502]). Los matices a esta afirmación los introdujo la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2001 [RJ 2001, 6530], al precisar que la atribución del usufructo viudal universal elimina toda posibilidad de opción de los legitimarios que concurren a la sucesión con el cónyuge supérstite, de manera que vienen obligados a soportar el gravamen cualitativo que supone el usufructo, si bien no es claro que hayan de soportar también una lesión cuantitativa de su legítima, como sucede cuando se reduce al legitimario a la nuda propiedad de su legítima estricta. La LDCG de 2006 no ha aportado tampoco la deseable claridad al supuesto planteado. El artículo 241 de la LDCG parece abrir la puerta a la posibilidad de que el «*usufructo del cónyuge viudo ordenado con arreglo a la presente Ley*» pueda imponerse como gravamen sobre la legítima, constituyendo así una excepción a la regla general de interdicción que el mismo precepto establece. La primera precisión que merece este precepto es la atinente a la determinación del usufructo viudal al que se refiere con la expresión «*ordenado con arreglo a la presente Ley*» —en abstracto pudiera ser el convencional o voluntario o el legal que le corresponde en su condición de legitimario—, debiendo resolverse la duda en el sentido de referir la expresión al usufructo viudal voluntario. La segunda precisión que merece el precepto traído a colación es que la posibilidad que abre de gravar la legítima con el usufructo voluntario viudal ha de referirse exclusivamente

a gravámenes de naturaleza cualitativa, sin que pueda resultar afectada aquella cuantitativamente (interpretación que está en línea con las expresiones «cargas, condiciones, términos, fideicomisos» utilizadas en el mismo artículo). Así las cosas, el legitimario que reciba bienes en nuda propiedad, cuyo valor sea inferior al que por legítima le corresponde, está legitimado activamente para ejercitar la acción de complemento de la legítima, pudiendo serle abonado éste en metálico mediante la adjudicación de bienes —en nuda propiedad o en propiedad plena— cuyo valor venga a integrar el valor a que tiene derecho. Una respuesta a la cuestión planteada en sentido diverso al aquí sostenido supone atribuir a los herederos la decisión acerca de la cuantía del crédito a que el legitimario tiene derecho, en función de si deciden, o no, pagar la legítima en metálico —haciendo uso de la facultad que les atribuye el art. 246 de la LDCG—, por cuanto conforme transcurren los años, el valor de la nuda propiedad de los bienes gravados con el usufructo se incrementa. Por el contrario, la razón de ser y el concepto mismo de usufructo voluntario de viudedad impiden que el legitimario pueda instar la reducción de este usufructo.

En el caso expuesto en el párrafo precedente puede acaecer una situación de conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite al que se ha atribuido —en testamento o en pacto— el usufructo voluntario y los hijos menores en quienes recae la condición de legitimarios del cónyuge premuerto, lo que acontecerá en el caso de que a éstos se les haya atribuido exclusivamente la legítima, debiendo designarse en tal caso, en orden a la aceptación de la herencia por éstos, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 163 del Código Civil. No podrá apreciarse esta situación de conflicto de intereses entre el progenitor supérstite usufructuario universal —en virtud de pacto— y los hijos comunes menores de edad llamados a la herencia en unas cuotas de valor superiores a las que por legítima les corresponden, como acontece también si son llamados a la herencia deferida *ab intestato*.

4. SUPUESTOS DE INEFICACIA SOBREVENIDA

Los supuestos de ineficacia sobrevenida del usufructo viudal voluntario, cualquiera que sea el negocio —paccionado o testamentario— en virtud del que se haya constituido, se enuncian en el apartado 1.º del artículo 230 de la LDCG/2006: «*El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio y separación judicial o de hecho de los cónyuges*».

De conformidad con el referido precepto, la concurrencia de alguna de las justas causas de desheredación que se contemplan en el artículo 263 de

la LDCG/2006 —negar alimentos a la persona del testador [en el caso que nos ocupa ha de integrarse en este concepto la persona del atribuyente del usufructo en virtud de pacto], maltratarle de obra o injuriarle gravemente, incumplir de manera grave o reiterada los deberes conyugales— con fundamento en la que se haya desheredado al cónyuge; así como de alguna de las causas de indignidad para suceder que se enuncian en el artículo 756 del Código Civil, determina la ineficacia del usufructo voluntario viudal. Respecto de la eficacia de estas últimas ha de tenerse en cuenta la previsión del artículo 757 del Código Civil, a tenor del cual, las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o si habiéndolas conocido en un momento posterior, las remite en documento público. La interpretación de la eficacia de esta disposición en el caso del usufructo voluntario viudal que se constituye en virtud de negocio no testamentario, determina que pueda remitirse expresamente la eficacia de la causa de indignidad del cónyuge conocida por el instituyente en el propio negocio de constitución del usufructo —téngase en cuenta que, en ambos casos, es necesaria la forma pública— y que, conocida la causa en el momento de constituirse, no sería siquiera necesaria la remisión en forma expresa.

En los casos de nulidad o de divorcio, comoquiera que se ha perdido la condición o estatus de cónyuge en el momento en que se defiende la herencia, la crisis matrimonial determinará la ineficacia de la institución, aun cuando no hubiese mediado una revocación del testamento por el cónyuge que haya instituido al otro en el usufructo voluntario de la herencia. Esta solución a la que se llega de manera racional, a tenor de la estructura propia de la institución que nos ocupa, ha recibido consagración positiva en el artículo 230.1 de la LDCG/2006, en cuanto prescribe que la nulidad y el divorcio de los cónyuges se erigen como causas de ineficacia sobrevenida el usufructo voluntario, cualquiera que sea la forma en la que se haya constituido.

El problema que se planteaba al amparo del anterior texto normativo en los casos de mera separación, judicial o de hecho, de los cónyuges cuando no hubiese mediado la posible revocación del testamento, en tanto que subsistía el estatus de cónyuge que permitía la eficacia de la atribución y cuya resolución remitía a la casuística hermenéutica de testamento (51), se ha solventado expresamente en el artículo 230.1 de la LDCG/2006. La solución acogida resulta razonable si se tiene en cuenta que la atribución de un usufructo voluntario al cónyuge se funda en la confianza y en el aprecio que le merece al cónyuge atribuyente, siendo razones que presumiblemente desaparecen en los casos de crisis matrimoniales.

(51) En este sentido se pronunciaba GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario del artículo 118 de la LDCG/1995», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, Vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 805.

En el caso del usufructo viudal constituido en negocio no testamentario, la revocación voluntaria que conlleva la pérdida de la eficacia del título constitutivo exige el mutuo acuerdo de los cónyuges, lo que presupone su irrevocabilidad unilateral por la concurrencia de la voluntad únicamente del cónyuge ordenante. Así resulta del primer inciso del apartado 2.º del artículo 230 de la LDCG/2006. Respecto del negocio revocatorio no se exigen especiales requisitos de forma, de manera que debe admitirse la validez y eficacia del negocio revocatorio cualquiera que sea su forma, siempre que resulte acreditado. Debe admitirse también la revocación del usufructo convencional mediante testamento mancomunado otorgado por ambos cónyuges (52).

El usufructo voluntario viudal constituido en negocio testamentario es esencialmente revocable, como todos los negocios testamentarios. Así lo prescribe para el caso que nos ocupa el inciso final del artículo 230.2 de la LDCG/2006, de conformidad con el cual, el usufructo testamentario queda sin efecto en virtud de la revocación del testamento. La validez y eficacia de la revocación del usufructo testamentario exige la integración de las solemnidades propias de los negocios testamentarios (art. 738 del Código Civil), sin que pueda admitirse la validez de cláusulas establecidas *ad cautelam*, en virtud de las que se pretenda establecer la irrevocabilidad del usufructo establecido testamentariamente y ello en aplicación de la norma establecida en el párrafo 2.º del artículo 737 del Código Civil (53). En el caso de que el usufructo voluntario viudal se haya establecido en testamento mancomunado, la revocación del mismo se regirá por las normas previstas para su revocación en los artículos 190 y 191 de la LDCG/2006, de manera que la revocación o modificación unilateral de la disposición correspondiente del usufructo voluntario recíproco determina la ineficacia de todas las disposiciones recíprocamente condicionadas contenidas en el testamento mancomunado. La posibilidad de revocar convencionalmente, por medio de un pacto posterior, un usufructo viudal constituido en testamento, que puede admitirse abstractamente (54), no resulta posible en el caso de que el instrumento testamentario utilizado haya sido el testamento mancomunado en tanto que el artículo 192.1 de la LDCG/2006 prescribe que la revocación del testamento mancomunado sólo puede realizarse válidamente en testamento abierto notarial.

(52) GUTIÉRREZ ALLER, V., «Sucesións. Os pactos sucesorios», en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995, do 24 de maio)* (J. J. Barreiro Prado; E. A. Sánchez Tato y L. Varela Castro, Coords.), Ed. Parlamento de Galicia - ARXG, Santiago de Compostela, 1995, pág. 373.

(53) GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario del artículo 118 de la LDCG/1995», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, Vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 810.

(54) GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario del artículo 118 de la LDCG/1995», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, Vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 811.

5. FACULTADES DISPOSITIVAS DEL USUFRUCTUARIO

A) *La inalienabilidad del usufructo voluntario viudal*

El artículo 229.1 de la LDCG/2006 enuncia expresamente el carácter inalienable del usufructo voluntario de viudedad que se configura como norma general (55), de manera que, acto seguido, admite la disponibilidad de bienes determinados o concretos gravados con el usufructo, siempre que concorra la voluntad de usufructuario y nudo propietario —o de todos los nudo propietarios, en el caso de herencia indivisa a la que concurren una pluralidad de herederos— en este sentido. La prohibición de disponer, que se enuncia como regla general, no admite distingos en función de si el acto de enajenación es a título gratuito o a título oneroso e impide también la cesión o la transferencia del ejercicio del derecho real de usufructo a una tercera persona. La regla de la inalienabilidad del usufructo voluntario viudal es extensible también a los negocios que consistan en la constitución de un gravamen hipotecario, lo que constituye una excepción al carácter hipotecable del derecho real de usufructo *ex* artículo 107.1.º de la LH y sin perjuicio del carácter hipotecable del usufructo legal del cónyuge viudo que contempla expresamente el artículo 108.2.º de la LH. El carácter inalienable del usufructo voluntario viudal conlleva también su inembargabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 605.1.º de la LECiv, en tanto que los bienes —expresión que es comprensiva también de los derechos— que han sido declarados inalienables son bienes absolutamente inembargables. Lo que no supone la inalienabilidad es la imprescriptibilidad del derecho del viudo sobre el usufructo voluntario, resultando de aplicación la extinción por prescripción que contempla expresamente el artículo 513.7.º del Código Civil al que remite expresamente, en orden a la determinación de las causas de extinción del usufructo, el artículo 236 de la LDCG/2006.

Obviamente la inalienabilidad del derecho real de usufructo que se atribuye voluntariamente al cónyuge supérstite no se extiende a los frutos, de cualquier naturaleza, que los bienes sobre los que recae produzca, cuya propiedad adquiere el viudo usufructuario y de los que puede disponer libremente. En efecto, de conformidad con el régimen ordinario del usufructo, al usufructuario le pertenecen los frutos naturales, industriales y civiles que los bienes objeto de dicho derecho real produzcan, resultando de aplicación las reglas contenidas en los artículos 472 a 475 del Código Civil atinentes a la distribución de los frutos en los momentos inicial y final del usufructo. Las

(55) Recuérdese que ordinariamente el usufructo es un derecho real disponible, de conformidad con el régimen jurídico previsto en el Código Civil. *Vid.* PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La enajenación del usufructo y el Código Civil», en *Centenario del Código Civil*, T. II, Ed. APDC - CEURA, Madrid, 1990, págs. 1593 a 1616.

excepciones a la indisponibilidad por el usufructuario de bienes objeto del derecho real que se contemplan en el artículo 233.2.º y 4.º, así como las que pueden resultar de la recta interpretación de la facultad que le atribuye el artículo 234.2, ambos de la LDCG/2006, no constituyen excepciones a la regla de la indisponibilidad del derecho mismo de usufructo.

Por otra parte, la inalienabilidad del derecho real de usufructo atribuido al cónyuge viudo no supone tampoco que el usufructuario haya de ejercitar por sí mismo las facultades de uso y de goce de los bienes gravados, pudiendo transmitirse esta facultad a otros sujetos, en virtud de títulos gratuitos u onerosos (*v.gr.*, arrendamiento *ex arts.* 480 del Código Civil, 13.2 de la LAU/1994 y 10 de la LAR/2003 —aplicable supletoriamente a los arrendamientos rústicos sometidos a la LDCG, *ex art.* 1.3, al no existir disposición expresa al respecto y ser esta solución conforme con los principios generales del Derecho gallego—), sin perjuicio de la responsabilidad del usufructuario frente al nudo propietario de los menoscabos que los bienes experimenten, a tenor de la previsión del 498 del Código Civil.

Por último, debe precisarse que el régimen de inalienabilidad expuesto constituye el ordinario del usufructo viudal voluntario, sin perjuicio de la posibilidad de que el constituyente atribuya al cónyuge supérstite facultades de disposición.

B) *El carácter renunciable del usufructo voluntario*

El artículo 229.2 de la LDCG/2006 prevé expresamente el carácter renunciable del usufructo voluntario de viudedad —debiendo diferenciarse de la renuncia que, como causa extintiva del usufructo, se contempla en el artículo 236 de la LDCG/2006 y para cuya validez se exige la formalización en escritura pública—, pudiendo renunciar el usufructuario al derecho al mismo o al usufructo que recae sobre determinados bienes integrantes de la herencia de su cónyuge premuerto. Esta facultad de renuncia puede ejercitarse por el viudo a partir del momento en que se abre la herencia del cónyuge otorgante, pues es el momento en que se adquiere la titularidad del mismo —el usufructo puede calificarse a estos efectos como un legado, al que resulta de aplicación el art. 881 del Código Civil—. La renuncia del usufructuario como causa de extinción del usufructo se contempla, con carácter general, en el artículo 513.4.º del Código Civil, como renuncia abdicativa de un derecho de naturaleza patrimonial y que se articula a través de una declaración de voluntad unilateral, no recepticia e irrevocable, sin que se exija para su validez requisito especial de forma alguno (a diferencia de la exigencia de forma pública que para la validez de la renuncia al usufructo viudal universal establecía el art. 126 de la LDCG/1995). Como negocio de renuncia de derechos está sometida su validez al cumplimiento de los requisitos que, con carácter

general, prevé el artículo 6.2 del Código Civil —la renuncia en perjuicio de los derechos de tercero es ineficaz frente a éste—.

C) *La redención o conmutación del usufructo viudal voluntario*

El mismo apartado 2.º del artículo 229 de la LDCG/2006, inmediatamente después de establecer el carácter renunciante del usufructo viudal voluntario, prescribe la posibilidad de redención o de conmutación en virtud de acuerdo entre el viudo usufructuario y los nudo propietarios. Al igual que la renuncia, la redención —aun cuando respecto de ésta el precepto no lo dice expresamente— puede ser total o parcial —redimir el usufructo que se ha constituido sobre determinados bienes hereditarios— y supone un convenio extintivo del derecho real convenido entre los titulares activo y pasivo(s) del mismo. La redención o conmutación del usufructo voluntario viudal exige entonces el acuerdo de usufructuario y de los nudo propietarios, lo que supone una quiebra de la inalienabilidad del usufructo voluntario, al tiempo que la exigencia expresa de acuerdo implica la interdicción de la facultad unilateral de conmutación —a instancia de los herederos— que, en relación con la cuota legal usufructuaria se prevé en el artículo 839 del Código Civil que puede articularse en virtud de mutuo acuerdo y, en su defecto, por mandamiento judicial. En el caso del usufructo voluntario, el defecto de acuerdo no ampara o habilita a los nudo propietarios para acudir a la vía judicial ejercitando una facultad de conmutación que la ley no les atribuye.

6. LAS OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

A) *Anteriores a la entrada en la posesión de los bienes*

El artículo 231 de la LDCG/2003 releva, expresamente y con valor de prescripción general, al viudo al que se le atribuye el usufructo voluntario de las obligaciones de hacer inventario de los bienes atribuidos en usufructo y de prestar garantía (en los términos en los que, con carácter general, se exige al usufructuario *ex art.* 491 del Código Civil). La norma supone una novedad importante respecto de la correlativa contenida en la Ley de 1995, cuyo artículo 121.1 relevaba al viudo usufructuario de la obligación de prestar fianza, pero ratificaba la consistente en hacer inventario que se impone a todo usufructuario, antes de la entrada en la posesión de los bienes, en el artículo 491 del Código Civil, se funda en la completa confianza que se presume que el cónyuge otorgante del usufructo viudal deposita en el cónyuge beneficiario de la atribución. Con ocasión de la aprobación de la Ley de 1995 ya se había puesto de manifiesto que la relevación de las obligaciones de formación de inventario y de prestación de fianza por el cónyuge al que se atribuye

el usufructo voluntario de viudedad era una costumbre absolutamente arraigada en la práctica notarial de Galicia (56), sin perjuicio de que se pudiese de manifiesto el posible desamparo en que quedan los herederos ante actos de gestión de carácter abusivo por el cónyuge viudo (57), frente a los que únicamente están amparados a través de la medida que contempla el artículo 519 del Código Civil.

Estamos en presencia de una norma de carácter dispositivo en tanto que el otorgante puede imponer expresamente al beneficiario el cumplimiento de ambas obligaciones y concretar el régimen jurídico que haya de aplicarse —en su defecto, se aplicará supletoriamente el que resulta de lo dispuesto en el 232 de la LDCG/2006 y, en lo no previsto por éste, en el art. 491 del Código Civil—, lo que habrá de hacerse en el título constitutivo del usufructo, tanto si es convencional o testamentario. Obviamente en el caso de que el usufructo viudal voluntario recaiga sobre bienes concretos y determinados en el título constitutivo la obligación de inventariar carece de sentido, no así cuando recae sobre el conjunto de la herencia —usufructo universal— o sobre una universalidad patrimonial no concretada en el título constitutivo.

Sin perjuicio del valor de regla general que presenta la norma referida, el inciso segundo del citado precepto atribuye a cualquiera de los legitimarios del causante —los hijos y descendientes del causante, a tenor del art. 238.1.º de la LDCG/2006— la facultad de exigir al viudo usufructuario la prestación de fianza con la finalidad de salvaguardar y garantizar su derecho a la legítima que le corresponda. Se trata de una norma de naturaleza imperativa que no puede ser objeto de dispensa por la mera voluntad del constituyente del usufructo manifestada en el título constitutivo del mismo.

De esta manera, pueden enunciarse dos supuestos en los que el usufructuario viene obligado a prestar fianza:

1.º) En el caso de que en el título constitutivo —sea éste un negocio convencional o testamentario— se haya establecido expresamente esta obligación. En este caso, cualquiera de los herederos, con independencia de su condición de nudo propietario puede instar, en su caso judicialmente, la prestación de fianza por el viudo usufructuario con anterioridad a la entrada en la posesión de los bienes objeto del referido derecho real.

2.º) Cuando alguno de los legitimarios que tenga la condición de nudo propietario lo solicite, con la finalidad de salvaguardar su derecho a la legítima. El texto vigente del inciso segundo del artículo 231 de la LDCG/2006 tiene la virtualidad, si se pone en relación con la regulación que establecía el artículo 121.2 de la Ley de 1995, de aclarar expresamente que únicamente los

(56) Así se pronunciaba GUTIÉRREZ ALLER, V., «Sucesións. Os pactos sucesorios», *op. cit.*, págs. 376 y 377.

(57) GARRIDO DE PALMA, V. M., «El usufructo universal de viudedad. Su configuración especial en Galicia», en *ADC*, 1973, pág. 497.

legitimarios están activamente legitimados para exigir al viudo la prestación de fianza, de manera que se excluye la legitimación de los herederos en los que no concurra aquella condición (58). A la condición de legitimarios, aunque la norma no lo diga expresamente, debe añadirse la exigencia de que concurra cumulativamente su condición de nudo propietario. En cuanto al contenido de la fianza, la LDCG/2006 no precisa nada ni en cuanto a su forma —el término *fianza* ha de interpretarse en sentido no técnico y amplio como sinónimo de garantía, comprensivo de cualquier garantía personal o real, de manera que puede ser prestada por un sujeto distinto del propio usufructuario (59)— ni a su contenido, que, en todo caso, debe ser suficiente para asegurar a los legitimarios la percepción de lo que por legítima les corresponda al terminar el usufructo por cualquier causa. La duración de la garantía constituida habrá de ser la prevista en el artículo 552 del Código Civil, de manera que habrá de abarcar el ámbito temporal de duración del usufructo, extinguiéndose en el momento en que se verifica la entrega de los bienes usufructuados a los legitimarios o en el que se hayan satisfecho los derechos de éstos, en cuyo caso carece de sentido y de interés el mantenimiento de la misma.

La obligación de formar inventario de los bienes usufructuados ha de cumplirse por el cónyuge viudo, en el caso de que en el título constitutivo no se prevea una disposición diferente, en el plazo de *seis meses*, cuyo *dies a quo* está constituido por la fecha de apertura de la sucesión (art. 232.1 de la LDCG/2006). La no formalización de inventario de manera tempestiva tiene como sanción la posibilidad de que los nudo propietarios lo realicen por sí mismos y a cargo o por cuenta del usufructuario, debiendo ser notificado el inventario, así realizado de manera fidedigna al viudo usufructuario en el plazo de diez días desde la finalización del mismo (art. 232.2 de la LDCG/2006), si bien no se precisa cuál es el plazo de que disponen los nudo propietarios para la formación del inventario, resultando razonable pensar que este plazo no debería ser superior al de seis meses de que dispone el usufructuario. Sin embargo, comoquiera que el inventario de los bienes se forma en interés de los nudo propietarios, la demora de estos en su confección no acarrea especiales consecuencias jurídicas. El apartado 2.º del artículo 232 de la LDCG/2006 nos resuelve, además, la duda atinente a la imputación de los costes y gastos que puedan derivarse de la formación del inventario, que ha

(58) En este sentido, ya sobre el texto de la LDCG/1995, GUTIÉRREZ ALLER, D./LATAS ESPÍNO, M. J./MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo voluntario de viudedad», en *Derecho de Sucesiones de Galicia (Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995)*, op. cit., pág. 43; GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario de los artículos 120 y 121 de la LDCG/1995», op. cit., pág. 837.

(59) Se trata de una opinión doctrinal común. Vid., entre otros, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, III. Derecho de Bienes*, Edisofer, S. L., Madrid, 2004 (10.ª ed.), págs. 490 y 491 (§ 71.2); PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «El usufructo, el uso y la habitación», en *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Ed. Colex, Madrid, 2004, pág. 435 (§ 170).

de sufragarlos el viudo usufructuario, pues se precisa expresamente que son de su cuenta también en el caso en que el inventario sea confeccionado por los nudo propietarios. También son a cargo del usufructuario, en su caso, los gastos de constitución de la fianza o garantía que haya de prestar imperativamente en los casos enunciados.

En el caso de incumplimiento de cualquiera de la obligación de prestar fianza que recae sobre el viudo usufructuario en los supuestos ya enunciados, la sanción aplicable será la prevista en el artículo 237.1.º de la LDCG/2006, cual es la extinción del usufructo de viudedad a instancia de los propietarios de los bienes objeto del usufructo que, a la vez, sean legitimarios y, por lo tanto, activamente legitimados para exigir la constitución de la referida garantía.

B) *Durante la posesión de los bienes dados en usufructo*

El artículo 234 de la LDCG/2006 establece las obligaciones que recaen sobre el usufructuario titular de un derecho real de usufructo voluntario viudal y cuyo elenco debe integrarse, en tanto resulten compatibles, con las establecidas a cargo de cualquier usufructuario por la ley, a tenor del régimen jurídico establecido en el Código Civil, en los artículos 497, 500 y concordantes del Código Civil. Estas obligaciones que especifica el artículo 234 de la LDCG/2006, cuyo antecedente inmediato es el derogado artículo 123 de la Ley de 1995, respecto de que sólo se ha introducido una variante en la obligación enumerada en su apartado 3.º, son las que siguen:

1.ª) *Cumplir las obligaciones que expresamente le impusiera el causante.* De manera acorde con la naturaleza voluntaria del usufructo que nos ocupa, se permite expresamente la imposición por el concedente de obligaciones que recaigan sobre el viudo al que se atribuye el derecho de usufructo. La disposición habilita, *v.gr.*, la imposición de un modo al usufructuario, considerado, de conformidad con la STS de 18 de diciembre de 1965 [RJ 1965/5898], como una actividad del sujeto al que se impone a realizar después de la muerte del causante; o la imposición de la prestación de alimentos voluntarios a favor de personas distintas de las contempladas en el artículo 234.3.º de la LDCG/2006. En todo caso, resultan de aplicación los límites de la autonomía de la voluntad contemplados en el artículo 1.255 del Código Civil. La sanción para el caso del incumplimiento de estas obligaciones de origen convencional que recaen sobre el usufructuario es la extinción del usufructo a instancia de los nudo propietarios, a tenor de la previsión expresa contenida en el artículo 237.1.º de la LDCG/2006.

2.ª) *Administrar los bienes objeto del usufructo con la diligencia propia de un buen padre o madre de familia.* La obligación que se impone al usufruc-

tuario, acorde con la finalidad de administración continuada y ordenada del patrimonio familiar que, el menos, el usufructo viudal universal tiene, es la correlativa a la que se impone, con carácter general, a cualquier usufructuario en el artículo 497 del Código Civil. Con todo, a pesar de que en ambas normas —la codicial y la prevista en la Ley gallega— remiten como parámetro de diligencia, a la del ciudadano medio —la referencia a la diligencia de la «buena madre de familia», presente ya en el art. 234 del «texto prelegislativo» de 2001, no es sino un tributo a la exigencia de uso de lenguaje jurídico no sexista carente de rigor técnico, en tanto que la «diligencia del buen padre de familia» ha de entenderse como una expresión neutra desde el punto de vista de la persona a la que se refiere— en la administración y cuidado de los bienes sobre los que recae el usufructo, se ha puesto de manifiesto que, en el caso de la obligación que se impone al titular del usufructo viudal supone la realización de comportamientos activos en la administración de los bienes dados en usufructo, con la finalidad de mejorar su aprovechamiento y utilidad, de manera que el cumplimiento de la administración diligente posibilita, cuando no obliga, a realizar actuaciones positivas en la productividad de los bienes y en la obtención de mejores aprovechamientos, sin que pueda referirse exclusivamente, como acaece en el caso del artículo 497 del Código Civil, a no perjudicar los intereses del nudo propietario (60). Eso sí, en ambos casos, el deterioro natural que por el mero hecho del transcurso del tiempo puedan experimentar los bienes gravados con el usufructo, no supone el incumplimiento de la obligación de diligente administración. La interpretación ofrecida de la norma, cuyo estudio nos ocupa, encuentra expreso amparo en los números 4.º, 5.º y 6.º del artículo 233 de la LDCG/2006, en los que se faculta al usufructuario para enajenar mobiliario y semovientes que sea precisa de acuerdo con la buena y ordenada administración de los bienes; realizar la tala de árboles maderables, siempre que sea adecuada a una normal administración forestal; así como a ejecutar mejoras no suntuarias en los bienes objeto de usufructo y con cargo al patrimonio hereditario.

La sanción prevista en la LDCG/2006 para el caso de incumplimiento por el viudo usufructuario de la obligación legal de administración diligente de los bienes objeto del usufructo difiere también de la prevista en el Código Civil para el caso de incumplimiento de la obligación correlativa que contempla el artículo 497 del Código Civil, pues el incumplimiento de las obligaciones legales que recaen sobre el usufructuario es causa de extinción rogada, a tenor de la previsión contenida en el artículo 237.1 de la LDCG/2006, estando activamente legitimados los nudo propietarios para instar o solicitar la extinción del usufructo; mientras que el incumplimiento de la obligación de cuidar los bienes objeto de usufructo con la diligencia del buen padre de familia que establece el artículo 497 del Código Civil, lleva aparejada, en el

(60) En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario del artículo 123 de la LDCG/1995», *op. cit.*, págs. 856 y 857.

caso de que la falta de diligencia perjudique los intereses del nudo propietario, la facultad de éste de pedir que se le entreguen los bienes, obligándose a pagar anualmente el producto líquido de los mismos al usufructuario, deduciendo los gastos y el premio que se le asigne por su administración (*ex art. 520 del Código Civil*).

3.^a) *Prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes que lo precisen*. Las fuertes imbricaciones existentes entre la institución del usufructo viudal y el mantenimiento de la cohesión y de la autoridad familiar constituyen el fundamento de esta obligación que se impone al usufructuario (61). La disposición hereda del artículo 123.4.º de la Ley de 1995, transmitida a través del «texto prelegislativo de 2001» la incorrección técnica consistente en referirse a la obligación de alimentos en singular —*alimento*—. El nacimiento de la obligación de prestar alimentos con cargo al usufructo no se deriva de la mera existencia del usufructo voluntario viudal, sino que han de concurrir los presupuestos contemplados en los artículos 146 y 147 del Código Civil para el caso de los alimentistas mayores de edad, determinándose su contenido y alcance en atención a los criterios enunciados en el artículo 142 del Código Civil, salvo previsión expresa en otro sentido en el título constitutivo del usufructo.

El legislador gallego de 2006 se ha hecho eco de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, mediante Auto de fecha 11 de noviembre de 2002, promovida en relación con el artículo 123.3.º de la LDCG/1995, por presunta infracción de los artículos 14 —derecho fundamental a la igualdad— y 39 —mandato dirigido a los poderes públicos en orden a asegurar la protección integral de los hijos y a que los padres presten asistencia de todo orden a los mismos— de la CE (62), al contemplar la obligación del usufructuario viudal universal de prestar alimentos, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes comunes que lo precisen, con exclusión de los hijos y descendientes no comunes; esto es, aquéllos que lo son sólo del cónyuge fallecido, aun cuando éstos habrían de soportar también el usufructo. En las alegaciones realizadas por el Director General-Jefe de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia, con fecha 22 de abril de 2003 y dirigidas al Pleno del TC, se mantiene la tesis de la constitucionalidad del precepto, ahora derogado, planteando dos posibles interpretaciones del referido precepto. Una primera, a tenor de la cual ha de considerarse que el precepto se limitaba a establecer que las rentas y frutos del usufructo viudal quedaban afectos al cumplimiento de la obligación alimenticia respecto de los hijos comunes, sin perjuicio de que ésta debiera ser sufragada

(61) Relaciones puestas de manifiesto, *v.gr.*, por FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: «El Derecho Sucesorio en la Compilación de Galicia», *op. cit.*, pág. 1311.

(62) Cuestión de inconstitucionalidad número 311-2003, admitida a trámite en virtud de Providencia del TC de fecha 25 de marzo de 2003 (*BOE* núm. 83, de 7 de abril de 2003).

da con cargo a cualesquiera otras rentas o bienes de los alimentantes en el caso de que los acreedores fuesen hijos o descendientes exclusivamente del cónyuge viudo. Una segunda posibilidad hermenéutica, fundada en criterios teleológicos y sistemáticos, aboga por considerar que el precepto está transido por la finalidad de compensar al legitimario, mediante el establecimiento de una obligación alimenticia a su favor, de la privación de la posesión y frutos de los bienes incluidos en su porción hereditaria y que, unido a la previsión del artículo 508 del Código Civil —que establece a cargo del usufructuario la obligación de pagar las pensiones alimenticias—, impone una interpretación extensiva del precepto que incluye en su ámbito de aplicación también a los hijos exclusivos del causante, entendiéndose que el precepto incurre en un defecto de redacción subsanable por vía interpretativa y que es la que sostuvo el JPI número 6 de Vigo al resolver en la primera instancia la demanda de alimentos provisionales que, al ser recurrida la sentencia dictada por aquél en apelación, dio lugar al planteamiento de la referida cuestión de inconstitucionalidad.

4.^a) *Defender, a su costa, la posesión de los bienes.* El usufructuario, como poseedor —inmediato o mediato— de los bienes que constituyen el objeto del usufructo, está activamente legitimado para el ejercicio de las acciones de protección sumaria de la posesión, debiendo integrarse esta obligación de defensa posesoria en la atinente a la diligente administración de los mismos. Las dudas que puede generar la expresión de conformidad con la cual la defensa posesoria de los bienes usufructuados incumbe al usufructuario que deberá hacerla a su costa y que literalmente parece remitir a la obligación de sufragar los gastos ocasionados como consecuencia de su defensa a cargo de su patrimonio personal, al margen de los bienes usufructuados y de los frutos y rentas que estos produzcan, debe ser corregida en el sentido de interpretar que los gastos y costes generados por esta defensa deben ser sufragados con los frutos de los bienes usufructuados, en tanto que se realiza también en interés de los nudo propietarios (63).

7. DERECHOS —O FACULTADES— DEL USUFRUCTUARIO UNIVERSAL

En el artículo 233 de la LDCG/2006, en términos similares al artículo 122 de la Ley de 1995 —respecto del que se añade el derecho a cobrar los créditos existentes a favor de la herencia y se da un nuevo orden al elenco de derechos

(63) Por esta razón, con fundamento en la previsión idéntica que contenía el artículo 123.4.º de la LDCG/2005 para el caso del usufructo viudal universal, algunos autores propugnaron que lo lógico es entender que la defensa posesoria se haga con cargo a los rendimientos del propio usufructo y, en caso de ser éstos insuficientes, con cargo al patrimonio hereditario (cfr. GUTIÉRREZ ALLER, D./LATAS ESPINO, M. J./MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo voluntario de viudedad», *op. cit.*, pág. 47. Esta tesis es seguida expresamente por GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario del artículo 123 de la LDCG/1995», *op. cit.*, pág. 863).

del usufructuario— se contempla un elenco de facultades que se atribuyen al titular del derecho de usufructo vidual voluntario, siempre que tenga carácter universal —el cónyuge usufructuario «*que lo fuera por la totalidad de la herencia*» es la expresión utilizada en el referido art. 122 de la LDCG/2006—, y que vienen a completar aquéllas que integran el contenido ordinario del usufructo de conformidad con su regulación en el Código Civil, debiendo subrayarse que el carácter voluntario del usufructo que nos ocupa determina que, en la configuración de estas facultades, haya de darse prioridad a la voluntad del otorgante manifestada en el título constitutivo del usufructo, en tanto que el artículo 233 de la LDCG/2006 tiene una eminente naturaleza dispositiva.

Las concretas facultades que *ex* artículo 233 de la LDCG/2006 se atribuyen al titular del usufructo voluntario vidual universal —la norma se refiere al cónyuge supérstite que sea usufructuario de toda la herencia, de manera que son facultades que no corresponde al viudo que sea usufructuario de una cuota alícuota de bienes hereditarios o de bienes concretos de la herencia— son las que siguen:

1.^a) *Pagar los gastos de última enfermedad, entierro y funeral del cónyuge premuerto.* Esta facultad que se atribuye al viudo titular del usufructo voluntario —tomada de forma literal de la Ley 259.2 de la CDCFN— se corresponde con la que puede ser objeto de atribución al albacea, si es que se ha designado, a tenor de lo que dispone el artículo 902 del Código Civil —respecto de la eventual aplicación de esta norma habrá de darse preferencia a la Ley gallega—; así como la que corresponde al cónyuge designado comisario, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 201.2 de la LDCG/2006, si bien en este último caso no se contempla expresamente el pago de los gastos de última enfermedad —que tienen la consideración de pasivo hereditario—, sino exclusivamente los gastos de entierro y de funeral. El sufragio de estos gastos y deudas de la herencia se hará con cargo al patrimonio hereditario, posibilitándose la venta de muebles que forman parte del mismo si no existiese metálico suficiente en la herencia para hacer frente a dicho pago (64). En cuanto a la cuantía de los gastos funerarios, en su determinación habrá de estarse a las previsiones expresas del causante y, en su defecto, se aplicarán los criterios que resultan de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.894 del Código Civil, debiendo ser «*proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad*».

2.^a) *Pagar las deudas de la herencia.* Al cónyuge viudo que tiene la condición de usufructuario universal compete el pago de las deudas hereditarias que resulten exigibles, debiendo recordarse que el fallecimiento del deudor no

(64) TORRES LANA, J. Á., «Comentario a la Ley 259 de la CDCFN», en *Comentarios al Fuego Nuevo (Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra)* (E. Rubio Torrano, Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 767.

determina de manera automática el vencimiento anticipado de las mismas (65). Conforme estas deudas vayan venciendo, el usufructuario debe hacer frente a su pago, con cargo al activo de la herencia, siguiéndose el orden de prelación que sigue: 1.º) Metálico hereditario. 2.º) Si el metálico hereditario no resulta suficiente, podrá enajenar semovientes, arbolado o mobiliario ordinario en la cuantía precisa, sin necesidad de contar con consentimiento alguno de los nudo propietarios. 3.º) En último caso podrá enajenar, con la referida finalidad, bienes hereditarios de naturaleza diversa de los anteriores, si bien en este caso requiere el consentimiento de los nudo propietarios. En caso de negativa de estos últimos a consentir en la enajenación necesaria o en el caso de que no puedan prestar válidamente su consentimiento —*v.gr.*, por ser menores de edad y tratarse de la venta de un bien inmueble o por encontrarse en situación de incapacidad—, el usufructuario puede requerir la autorización judicial para la venta o enajenación que sustituya el consentimiento de los usufructuarios.

3.ª) *Cobrar los créditos de la herencia.* Nos encontramos ante la más relevante de las novedades introducidas por la LDCG/2006 en el ámbito de las facultades atribuidas al usufructuario vidual universal. El precepto dispone que el usufructuario universal está legitimado para cobrar los créditos existentes a favor de la herencia, sin necesidad de prestar fianza, siempre que no esté obligado a ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 230 de la LDCG/2006 —cuando así lo disponga el título constitutivo o lo exija algún legítimo—. La previsión resulta adecuada en tanto que el usufructuario universal se erige en el administrador de toda la herencia y la jurisprudencia del TS, en la ya antigua sentencia de 30 de octubre de 1907, resolvió que la reclamación de créditos es un acto de administración (66).

El importe de estos créditos acrecerá al patrimonio hereditario y al objeto del usufructo universal, teniendo derecho el usufructuario a percibir los frutos que produzca en el caso, *v.gr.*, de inversión del metálico en fondos de inversión o en productos financieros de otro tipo.

(65) Por otra parte, debe recordarse que, careciendo el cónyuge supérstite al que se atribuye el usufructo de toda, o de parte, de la herencia, por esta razón, de la condición de heredero, no está legitimado pasivamente en la acción de cumplimiento que puedan ejercitar los acreedores, pues no responde de las deudas del causante (en este sentido ya CARRASCO ÁLVAREZ, A., «Responsabilidad del cónyuge viudo usufructuario», en *RDP*, 1918, págs. 265 a 269, con cita de las SSTs de 26 de octubre de 1904, de 4 de julio de 1906 y de 25 de enero de 1911). La cuestión que abre la norma comentada es precisamente la legitimación pasiva del cónyuge supérstite usufructuario voluntario en el caso de acciones de reclamación de deudas del causante por los acreedores de éste. La mera atribución de la facultad de pagar las deudas de la herencia no debe reputarse como suficiente en orden a atribuir la referida legitimación, si bien ésta pudiera fundarse en el deber de administración diligente que le impone el artículo 234 de la LDCG/2006, siempre que, en la herencia haya metálico o bienes susceptibles de enajenación por el usufructuario suficientes para sufragar la deudas vencidas y cuyo pago se reclame.

(66) En este mismo sentido, GITRAMA, M., «La administración de la herencia en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 232.

4.^a) *Enajenar bienes muebles y semovientes*. A tenor de la regla 4.^a del artículo 233 de la LDCG/2006, el titular del usufructo voluntario viudal está legitimado para la enajenación o venta de bienes muebles y semovientes en el caso de que lo considere acorde con las exigencias de la buena o diligente administración de los bienes o del patrimonio usufructuado, sin necesidad de contar con asentimiento alguno de los nudo propietarios y sin necesidad siquiera de poner en conocimiento de los mismos la transmisión realizada. La facultad atribuida expresamente al usufructuario se integra en el ámbito de la ordenada administración de los bienes objeto del usufructo. El deber de reposición de los muebles o semoviente, cuando sea posible, que se impone expresamente al usufructuario, forma parte también del contenido de aquella genérica obligación, en orden a mantener el valor de los bienes usufructuados o del patrimonio objeto del derecho real que nos ocupa, sin que su incumplimiento pueda incidir en la validez y eficacia de la enajenación realizada. La facultad de enajenar bienes muebles que se atribuye al usufructuario debe hacerse extensiva, pese al término utilizado por el legislador, a la constitución de gravámenes de naturaleza real sobre bienes muebles (*v.gr.*, la pignoración de bienes muebles), cuando éstos respondan también a las necesidades de la ordenada y diligente explotación.

Las dudas interpretativas que genera este precepto se sitúan en derredor del término *mobiliario* que utiliza y el alcance del mismo. Algunos autores, al amparo del texto de 1995, han referido la expresión al mobiliario ordinario, constituido por bienes o enseres de la casa o de la explotación ganadera, industrial o fabril que sea objeto del usufructo, excluyendo la posibilidad de enajenar otros bienes muebles, en sentido técnico-jurídico, como son los títulos-valores o los derechos de crédito, así como los bienes muebles de extraordinario valor en relación con el patrimonio hereditario (67). La enajenación o transmisión de las acciones de sociedades mercantiles —anónimas o de responsabilidad limitada— seguirá el régimen específico previsto en las leyes reguladoras de éstas (arts. 56 y 67 —usufructo de acciones— del TRLSA y 26 y 36 —respecto del usufructo de participaciones sociales— de la LSRL).

5.^a) *Talar y enajenar árboles maderables*. La facultad que se atribuye el viudo usufructuario en este precepto —siguiendo la conclusión cuarta de la Sección IV del «I Congreso de Derecho Gallego»— es similar a la que se concede al titular del usufructo de un monte en el artículo 485 del Código Civil, siempre que consideremos como sinónimas las expresiones «*árboles maderables*» utilizada por la Ley gallega y «*monte talar o de maderas de construcción*» contenida en el párrafo 2.º del precitado artículo 485 del Código Civil.

(67) En este sentido se pronunciaron expresamente GUTIÉRREZ ALLER, D./LATAS ESPINO, M. J./MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo voluntario de viudedad», *op. cit.*, pág. 45; BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 150.

Siempre que las talas de árboles maderables se correspondan con una adecuada u ordenada explotación forestal, el usufructuario hará suyos los rendimientos obtenidos de su venta y fuera de este supuesto, el usufructuario no podrá talar los árboles por el pie, salvo si lo hace con la finalidad de reponer o de mejorar la explotación forestal, previa comunicación al nudo propietario de la necesidad de la actuación (párrafo 5.º del art. 485 del Código Civil).

6.ª) *Ejecutar mejoras no suntuarias*. Lo primero que sorprende es la expresión utilizada por el legislador gallego —manteniendo la utilizada en el precepto correlativo de la Ley de 1995 para el caso del usufructo universal de la herencia—, en cuanto que faculta al titular del usufructo viudal para realizar mejoras de carácter no suntuario, cuando en el tipo ordinario de usufructo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 487 del Código Civil, el usufructuario está facultado para realizar en los bienes objeto de usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente, con el límite constituido por la alteración de la forma y sustancia de los mismos. El precepto no puede ser interpretado, dada la finalidad del usufructo viudal, en el sentido de restringir o de limitar la facultad del viudo de realizar mejoras suntuarias o de recreo en los bienes sobre los que recae el usufructo, sino que lo que implica es que mientras las mejoras útiles son reintegrables al usufructuario que las realiza con cargo al propio usufructo, las mejoras suntuarias seguirán el régimen ordinario del Código Civil, resultando de aplicación íntegramente el régimen jurídico previsto en el artículo 487 del Código Civil, de manera que será de cargo del propio usufructuario.

Una interpretación más ambiciosa de este precepto fue propuesta por GARCÍA RUBIO sobre el texto del artículo 122.6.ª de la LDCG/1995, señalando que el tenor literal de la norma admite la realización de mejoras útiles efectuadas por el usufructuario aun en aquellos casos en los que el incremento de la productividad de los bienes objeto del usufructo requiera un cambio de naturaleza o de destino económico de los mismos (68).

7.ª) *Explotar las minas*. La introducción expresa de esta facultad de explotar las minas que puedan existir en los bienes objeto del usufructo, de conformidad con la reglamentación jurídica de las mismas, aporta aspectos relevantes en relación con el régimen general del usufructo de minas contemplado en los artículos 476 y 477 del Código Civil. El primero de ellos se refiere al usufructo del predio en el que exista una mina, pero no al usufructo de la mina misma, y el artículo 477 del Código Civil prevé que, en el caso de los usufructos legales, el usufructuario podrá explotar las minas concedidas o en laboro existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten después de rebajar los gastos, que se satisfarán, tam-

(68) *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario del artículo 122 de la LDCG/1995», *op. cit.*, pág. 851.

bién por mitad, junto con el nudo propietario. En el caso del usufructo vidual voluntario sometido a la regulación que nos ocupa, el usufructuario tiene derecho a percibir todas las utilidades de las minas que explote y que sean objeto del derecho de usufructo, sufragando los gastos ordinarios necesarios para su conservación y para la producción, debiendo tomarse en consideración la obligación de administración diligente que le impone el artículo 234.2.º de la LDCG/2006. También forma parte de esta facultad la solicitud de la concesión de las minas que no hayan sido objeto de explotación hasta este momento (art. 478 del Código Civil).

8. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL VOLUNTARIO

Además de la aplicación de las causas generales de extinción del usufructo, enunciadas en el artículo 513 del Código Civil —además de la consolidación, de la pérdida de la cosa usufrutuada y de la prescripción, acaso merezca traerse a colación la primera de ellas, cual es la muerte del usufructuario, en tanto que el usufructo vidual es esencialmente vitalicio, extinguiéndose imperativamente con el fallecimiento de su titular [por esta razón, la previsión expresa de esta causa de extinción en el art. 127.a) de la Ley de 1995 resultaba innecesaria]—, el usufructo vidual voluntario se extingue también por la concurrencia de las causas específicas enunciadas en los artículos 236 y 237 de la LDCG/2006. La LDCG/2006, a diferencia del sistema establecido en la derogada Ley de 1995, acoge el modelo representado por la CDCFN —cuyas Leyes 261 y 262 diferencian entre las llamadas causas de «extinción» y de «privación» del usufructo— y diferencia causas de extinción del usufructo vidual que operan *ope legis* (art. 236) y causas que sólo operan a instancia de los nudo propietarios.

A) *Causas que operan ex lege*

El artículo 236 de la LDCG/2006 enuncia dos causas de extinción del usufructo vidual voluntario, una vez que ha sido constituido —por esta razón no es reiterativo que la renunciabilidad del usufructo vidual voluntario se contemple expresamente en el artículo 229.2 de la LDCG/2006 y en el que ahora nos ocupa, como causa de extinción del mismo—:

1.^a) *La renuncia por el usufructuario formalizada en escritura pública.* La renuncia constituye una causa de extinción de todos los derechos reales, contemplada específicamente en el artículo 513.4.º del Código Civil, sin perjuicio de que, como cualquier renuncia extintiva de derechos, esté sometida su eficacia a los límites genéricos que enuncia el artículo 6.2 del Código

Civil (contrariar el interés o el orden público y el perjuicio de terceros). La peculiaridad de la expresa previsión que se realiza en el artículo 236 de la LDCG/2006 —tomada de la Ley 261.2 de la CDCFN, si bien en esta norma se añade explícitamente la necesidad de que sea «expresa», en tanto que en el Derecho Civil propio de Navarra se admite la eficacia de las renunciaciones tácitas, a diferencia de la exigencia del carácter expreso de la renuncia exigido por la jurisprudencia en el Derecho Civil Territorial Común (69)— radica en la exigencia de una determinada forma que se concibe como requisito *ad solemnitatem*, cual es la necesidad de su otorgamiento en escritura pública. La renuncia válidamente realizada es irrevocable (STS de 7 de julio de 1978 [RJ 1978/2755]).

2.^a) *Las nuevas nupcias del viudo y la convivencia marital con otra persona, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto*. La celebración de un nuevo matrimonio por el cónyuge viudo produce de manera automática la extinción del usufructo viudal, sin perjuicio de la viabilidad del pacto entre el viudo usufructuario y los nudo propietarios acordando la continuación del usufructo, a pesar de que el primero contraiga nuevo matrimonio. También es posible que, en el mismo negocio de constitución del usufructo viudal voluntario, el otorgante excluya expresamente el efecto extintivo del ulterior matrimonio —o de la convivencia *more uxorio*— del viudo. A la celebración de nuevo matrimonio ha equiparado la LDCG/2006 la denominada *convivencia marital*, a la que se atribuye también el efecto extintivo *ope legis* del usufructo viudal —a diferencia, *v.gr.*, de la CDCFN que diferencia los efectos de las nuevas nupcias y de la convivencia marital del viudo con otra persona, al contemplar este segundo supuesto como causa de extinción a petición de los nudo propietarios (Ley 262.1 de la CDCFN)—. Es razonable pensar que la convivencia marital extintiva del usufructo viudal voluntario ha de reunir los requisitos previstos en el párrafo 2.º de la DA 3.ª de la LDCG/2006, en la redacción dada a esta norma por la Ley 10/2007, de 28 de junio —unión de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia (69bis), expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio—, pues no puede admitirse la equiparación al matrimonio de convivencias ocasionales o meramente esporádicas.

Debe plantearse la eficacia del acuerdo entre el usufructuario y los nudo propietarios en orden a excluir el efecto extintivo del ulterior matrimonio

(69) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I (Introducción y parte general)*, Edisofer, S. L., Madrid, 2004 (16.ª ed.) pág. 455 (§ 55).

(69bis) Creado y regulado por el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOG [DOG núm. 5, de 8 de enero de 2008].

o de la convivencia marital del primero en el caso de que este acuerdo se oponga a lo expresamente establecido en el título constitutivo del usufructo en el que se acoge la voluntad expresa del cónyuge constituyente. Comoquiera que la norma pone al mismo nivel la voluntad del cónyuge y de los nudo propietarios, no debe existir obstáculo en admitir la eficacia del acuerdo celebrado con éstos aun cuando se oponga a las estipulaciones del título constitutivo. Una solución diversa supondría admitir la extinción del usufructo viudal voluntario y la constitución de un nuevo usufructo que estaría sometido a las normas propias del usufructo ordinario del Código Civil.

Acaso convenga precisar que la extinción del usufructo voluntario viudal, en atención a la concurrencia de alguna de las referidas causas, no supone la conservación de la cuota legal que como legítima le corresponde *ex* artículos 253 y 254 de la LDCG/2006, en tanto que la voluntariedad del mismo afecta también al concesionario del mismo, que puede no aceptarlo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 229.2 de la LDCG/2006 (70).

B) *Causas que operan a instancia de los nudo propietarios*

1.^a) *El incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley al usufructuario.* El incumplimiento de las obligaciones que la ley impone al usufructuario ampara el ejercicio de la acción de extinción del usufructo viudal por cualquiera de los nudo propietarios. Se trata de una causa de extinción del usufructo viudal de nuevo cuño en la Ley de 2006. A diferencia, *v.gr.*, de la Ley 262 de la CDCFN, el legislador gallego no diferencia si el incumplimiento de las obligaciones legales es doloso o meramente negligente o culposo, debiendo tenerse en cuenta como parámetro de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones la del ciudadano medio, representado por la del buen padre de familia. En particular, el incumplimiento de la diligente obligación de administración de los bienes objeto de usufructo —que impone al usufructuario el art. 234.2.º de la LDCG/2006—, de la prestación de alimentos a los hijos o descendientes o de la defensa posesoria de los bienes objeto de usufructo, permiten la invocación de esta causa de extinción, así como, *v.gr.*, la realización de actos de disposición de bienes usufructuados para los que no está facultado.

2.^a) *El incumplimiento de las obligaciones impuestas por el causante al usufructuario.* A tenor de la previsión contenida en el artículo 234.1.º de la LDCG/2006, el usufructuario viene obligado al cumplimiento de las obligaciones que expresamente le hubiese impuesto el otorgante del usufructo en el título constitutivo del mismo. La sanción para el caso de incumplimiento

(70) GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 68 y 69.

to es la extinción del derecho real, previa solicitud de cualquiera de los nudo propietarios —en el caso de existir una pluralidad—. La norma tiene su antecedente inmediato en el artículo 127.c) de la Ley de 1995, mudando el término «cargas» contenido en el precepto derogado, por el técnicamente más adecuado de obligaciones. El incumplimiento de las obligaciones impuestas por el causante ya actuaba como causa de extinción del usufructo únicamente a instancia de los nudo propietarios en el sistema diseñado por la Ley de 1995 (71), aun sin decirlo expresamente, como sucede en la actual.

3.^a) *El grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares.* Esta causa de extinción del usufructo vidual alude al incumplimiento de deberes familiares que incumben al viudo, tanto de naturaleza patrimonial —atinentes a la gestión del patrimonio familiar—, como, especialmente, de naturaleza extrapatrimonial, como puede ser la defensa de la memoria del difunto (72). En todo caso, no basta cualquier incumplimiento de estos deberes de naturaleza familiar, sino que ha de tratarse de un incumplimiento que cumulativamente pueda calificarse como reiterado y grave, correspondiendo, en última instancia, al Juez la apreciación de estos requisitos. A diferencia de otros Derechos forales (v.gr., Ley 262.2 de la CDCFN), en los que la denominada *vida licenciosa* del viudo se configura como causa de extinción del usufructo vidual voluntario, no debe admitirse, en una interpretación acorde con la realidad social del momento presente, que conductas que pudieran merecer aquella calificación supongan, *per se*, la calificación de incumplimiento de deberes familiares.

El carácter rogado de las causas de extinción del usufructo y las dificultades probatorias que su apreciación conlleva permite advertir el escaso arraigo práctico de las mismas (73).

III. CONSIDERACIÓN FINAL

La exposición que precede y las reflexiones que en ella se contienen son fruto de una primera lectura de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, sometida a contraste con las categorías propias del Derecho de Sucesiones y relacionando su contenido con la ya pretérita Ley 4/1995, de 24 de mayo, respecto de la que, en la materia que es objeto de esta ponencia, la

(71) Así se pronunciaban, v.gr., GUTIÉRREZ ALLER, D./LATAS ESPINO, M. J./MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo voluntario de viudedad», *op. cit.*, pág. 50; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario del artículo 127 de la LDCG/1995», *op. cit.*, pág. 875.

(72) GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 71.

(73) En este sentido, respecto de las causas de extinción del usufructo de fidelidad navarro previstas en la Ley 262 de la CDCFN, TORRES LANA, J. Á., «Comentario a la Ley 262 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 782.

Ley de 2006 supone cambios tan radicales que sólo tras un detenido y laborioso estudio doctrinal, sometido al necesario contraste de opiniones y pareceres por otros pares, acompañado de la interpretación y aplicación de la nueva regulación por los órganos jurisdiccionales de nuestra Comunidad Autónoma, podrán ser expuestos y comunicados a la comunidad jurídica y social con el fundamento sólido que las muchas posibilidades y dudas que abre el nuevo panorama del Derecho de Sucesiones en Galicia requiere.

La reforma llevada a cabo es, cuando menos, audaz, pero el cambio que supone para todos los ciudadanos gallegos es tal que exige un especial esfuerzo didáctico por todos los que, en alguna medida, tenemos encomendada esa función, incluyendo en esta tarea a los poderes públicos y a las corporaciones profesionales vinculadas con el mundo del Derecho, pero especialmente será sobre los abogados y sobre los notarios sobre quienes va a recaer esta trascendental función. El papel fundamental que estos últimos profesionales adquieren, dadas las amplias posibilidades que al juego de la autonomía de la voluntad del testador diseña la Ley 2/2006, les conmina a cumplir con especial esmero la misión que expresamente les atribuye el artículo 1 del Reglamento Notarial: *«asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar»*.

De las reformas y, por qué no reconocerlo, mejoras técnicas respecto de la LDCG de 1995, que introduce la Ley 2/2006, acaso la más sorprendente es la relativa a la reducción de las legítimas —y de los legitimarios— y la supresión de la mejora. En efecto, la primera impresión que produce esta modificación en el intérprete medio es la referida, especialmente en el contexto de un Derecho Civil como el propio de Galicia en el que una de sus instituciones más caracterizadoras es la llamada «mejora de tercio y quinto» —la llamada mejora *por la vieja* entre nuestros paisanos, en alusión al sistema legitimario imperante antes de la entrada en vigor del Código Civil y que resultaba de utilización generalizada en la ordenación de la sucesión de las explotaciones agrarias si admitimos los datos que nos suministran nuestros más prestigiosos antropólogos (74)— como mejora de cuota hereditaria que comprendía íntegramente el tercio de mejora y las dos quintas partes del tercio de libre disposición que equivalen, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 144 de la LDCG/1995, a las siete quinceavas partes del *capital líquido* de la herencia.

(74) Entre otros, FUENMAYOR CAMPÍN, A. DE, Voz «Derecho Civil de Galicia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, op. cit., pág. 245 y sigs.; MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, *Las particularidades de Derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil (comentario al texto foral)*, Becerreá, 1964, pág. 153 y sigs.; y, entre los antropólogos, LISÓN TOLOSANA, C., *Antropología cultural de Galicia*, Ed. Siglo XXI de España Editores, S. A., Madrid, 1971, pág. 173 y sigs.; MARINO FERRO, X. R., *Antropoloxía de Galicia*, Ed. Xerais, S. A., Vigo, 2000, pág. 295 y sigs.

Quienes en algunas ocasiones nos hemos dedicado —he de reconocerlo ya que baldíamente— a intentar delimitar, con apoyo en la doctrina del TC, el ámbito institucional propio del Derecho Civil gallego, solíamos reiterar que las Comunidades Autónomas que cuentan con un Derecho Civil propio pueden regular instituciones conexas con las que ya tengan una regulación propia, siempre de acuerdo con los principios informadores del Derecho Civil propio de la CA de que se trate y que, en el caso de Galicia, uno de estos principios es precisamente el de conservación del patrimonio familiar, tanto en vida de su titular, como en la sucesión *mortis causa*, asentándose su regulación sobre la institución de la casa y del *petrúcio* (v.gr., instituciones como la compañía familiar, el usufructo universal, la apartación, la mejora de labrar y poseer e incluso el retracto de graciosa) (75). Desde esta perspectiva pudiera dudarse de la adecuación constitucional del establecimiento en Galicia de un sistema legítimo en el que se reduzca la legítima de los descendientes a la cuarta parte del haber hereditario y se desconozca la mejora, cuando nuestro Derecho histórico parece inclinarse más hacia la transmisión de todo el patrimonio hereditario a los descendientes legítimos (76). Es cierto que la Ley 2/2006 posibilita, con mayor amplitud que la legislación que deroga, el mantenimiento de las explotaciones agrarias y comerciales y fabriles vinculadas a la continuidad familiar pero ello depende, en el nuevo sistema, de la exclusiva voluntad del causante titular de la misma, sin que subsistan normas de protección en este sentido. Dicho de otro modo, el respeto a los principios del Derecho Civil propio de Galicia se hubiera conseguido si la reducción de la cuota legítima, se hubiese coordinado con la exigencia de que esta reducción fuese el complemento de la mejora de labrar y poseer.

RESUMEN

SUCESIÓN EN GALICIA

En materia de pactos sucesorios, la vigente Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, inmediatamente después de establecer una serie de normas comunes a todos los pactos sucesorios —en materia de capacidad para su otorgamiento y la exigencia de forma pública— man-

ABSTRACT

SUCCESSION IN GALICIA

Act 2/2006 of Galicia on Civil Law, which is presently in force, sets a series of common rules for all succession agreements (in matters of capacity to make such agreements and the exigency of public form). Immediately afterwards the act maintains previous legislation

(75) PENA LÓPEZ, J. M.^a, «Precisiones complementarias para la aplicación del Derecho Civil gallego a la luz de la doctrina del TC», en *Act. Civ.*, diciembre de 1994, pág. 918.

(76) Así lo señalé en «Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Derecho Civil», en *RXG*, núm. 35, 2.º trimestre de 2002, pág. 23.

tiene la regulación de la apartación, con alguna precisión técnica (v.gr., la previsión de la exclusión convencional del apartado de la herencia abintestato, el carácter colacionable de lo dado en aportación y la forma de valorarse en la partición, así como la regulación de los efectos de la pérdida sobrevenida de eficacia); del denominado pacto de mejora —como asignación concreta de bienes, con o sin atribución coetánea de la propiedad—, del que constituye una subespecie caracterizada en atención al objeto, la mejora de labrar y poseer —especialmente relevante es la nueva configuración de la institución del «lugar acasariado», que debe implicar un cambio radical en la jurisprudencia del TSJ de Galicia—, y del usufructo voluntario vidual, sin perjuicio de su constitución testamentaria. La reforma del concepto de legítima que acoge la LDCG, concebida como *pars valoris* y convirtiendo a los legitimarios en meros acreedores de la misma, sin perjuicio de la posibilidad de afección de los bienes hereditarios a la satisfacción de su derecho condiciona en buena medida la eficacia y validez del contenido de las instituciones sucesorias objeto de estudio.

concerning sorting, with a few technical stipulations (e.g., the contractual exclusion of the sorting of an *ab intestato* inheritance, the includability of contributed things in a hotchpotch, the form of assessment in partition and the regulation of the effects of a supervening loss of efficacy), the so-called pacto de mejora or accord of improvement (as a concrete assignment of property with or without a coetaneous attribution of ownership), one subspecies of which, characterised by object, is the improvement of working and possessing (The new configuration of the institution of the lugar acasariado, the Galician term for the farmland lying round the home of the farmer, is especially important and must involve a radical change in the jurisprudence of the High Court of Justice of Galicia) and voluntary usufruct by a widow/widower without prejudice of the testamentary creation of said usufruct. The act contains a reform of the concept of the legitime, conceiving the legitime as a *pars valoris* and converting its recipients into mere creditors of the legitime, without prejudice of the possibility of attaching the hereditary property for satisfaction of the right. This reform largely conditions the efficacy and validity of the contents of the succession institutions at issue in the study.

(Trabajo recibido el 02-01-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

Interés particular y poder comunitario en la propiedad horizontal: el criterio de la máxima utilidad del inmueble

por

GERMÁN DE CASTRO VÍTORES
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

En el régimen jurídico inmobiliario de propiedad horizontal, explica CORNU, el sistema de atribución y el sistema de gestión colectiva aparecen indisolublemente unidos (1). Conviene recordar lo que, entre otros muchos, puntualiza LASO MARTÍNEZ, y resulta de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley de 21 de julio de 1960: este régimen tiene su punto de partida y el origen de su especificidad en el universo de las cotitularidades, de la comunidad, que es precisamente lo que rompe (hasta cierto punto) la ley, para configurar propiedades, todo lo posible, pero solo relativamente, independientes (2). Por lo tanto, la consistencia de lo que adquiere el propietario de un piso o local, las posibilidades de utilización, el grado de libertad, la mayor o menor exigencia en cuidados y gastos respecto al bien adquirido, depende en buena medida, probablemente secundaria y accesorio pero no por ello menos real, de todo lo que legal y estatutariamente deriva de su condi-

(1) Vid. CORNU, *Droit Civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 4.^a ed., París, 1990, n. 1535 y sigs.

(2) De hecho, en el sistema suizo, por ejemplo, la propiedad por pisos no se independiza del universo de la comunidad de bienes. Para lo dicho en el texto, cfr. LASO MARTÍNEZ, «De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (en adelante, *RCDI*), 619, 1993, págs. 1823 y sigs., pág. 1840. Vid. también ALONSO PÉREZ, «La Propiedad Horizontal. Especialidades de su contenido como Derecho», en *Revista de Derecho Privado*, 61, 1977, pág. 85 y sigs.

ción de comunero del edificio, cotitular de los elementos comunes y participe en una particular comunidad de vecindad. Su atribución no puede explicarse por completo sin tener presente el conjunto de sus prerrogativas en el seno de la gestión colectiva (3).

Ahora bien, el punto de referencia básico del montaje jurídico, lo esencial, es el interés, la propiedad, la utilización y la utilidad individual, de manera que la atención al ineludible sustrato común puede considerarse funcional (de comunidades funcionales ha hablado en otro contexto, con agudeza, MIQUEL, a cuyo texto me remito en este punto) (4). La normativa, el eventual desarrollo estatutario y la toma de decisiones de gestión colectiva debe ir encaminada, tener como faro iluminador, esta idea que recalca ATIAS: la máxima utilidad de los bienes (5). Lo común ha de cuidarse con esmero, pero para la mejor utilidad de todos y cada uno de los dueños, de manera que no pierda valor y se optimice la utilidad del bien privativo. Esto es lo esencial, y en función de este objetivo sirven los instrumentos ofensivos y defensivos del propietario en el seno de la organización comunitaria (6).

Este criterio de la máxima utilidad de los bienes, se combina, según explican CORNU y ATIAS, con aquel otro del «destino del inmueble», que servirá tanto

(3) Cfr. CARBONNIER, *Droit Civil, III. Les biens*, 15.^a ed., París, 1992, nn. 181-182.

(4) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, V-2, Madrid, 1985, pág. 467 y sigs.

(5) Cfr. ATIAS, *Les biens*, I, París, 1980, n. 12.

(6) En la doctrina italiana, COSTANTINO examinó el esquema de la propiedad horizontal como ejemplo característico de lo que denominó *collegamento dei beni*. El montaje jurídico persigue la satisfacción de un interés individual, pero con un bien integrado necesariamente en una estructura compleja en concurrencia con otros. El bien destinado a cada propietario se compone de elementos privativos y otros comunes a los demás bienes dependientes de aquella estructura. Es ineludible atender a la realidad común, cuyas exigencias imponen limitaciones y obligaciones incluso en la esfera de lo privativo, pero al mismo tiempo, esta atención resulta «accesoria», instrumental. Implica a la vez un empeño y un beneficio para cada titular, no tanto en consideración a los bienes comunes aisladamente considerados, sino al edificio como conjunto, y al bien de cada uno en él. En este sentido cabe hablar de «comunidad de intereses». Y aquí engarza COSTANTINO la «disciplina dei beni collegati», que será legal y negocial, configurando el Estatuto como un contrato «a comunione di scopo». Se trata del «destino común y conjugado de intereses diversos» (expresión de RIVERO HERNÁNDEZ), que tiene como punto de referencia el edificio: un conjunto de elementos donde coinciden los intereses de todos, aunque las líneas que atraviesan esa esfera común sean divergentes. Cuando se habla de contrato «a comunione di scopo» se tiene presente la consecución del *status* en que aquellos elementos comunes y, en general, el edificio, puedan mejor servir a los intereses individuales, a través de los bienes relativamente independientes. Aquel interés, aquella finalidad, tienen algo de común y algo de particular. Vid. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, *op. cit.*, págs. 268 y sigs., 302 y sigs.; RIVERO HERNÁNDEZ, «Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991», en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*, Barcelona, 1993, pág. 42; BADOSA COLL, F., «La multipropietat com a regim jurídic de l'inmoble», en *Materials IV Jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, 1988, pág. 13 y sigs.

de estímulo como de freno, según los casos, a las iniciativas del propietario y a las determinaciones de la asamblea (7). Con carácter previo, esos principios combinados pueden fundamentar o por el contrario privar de sentido a ciertas determinaciones estatutarias, permitiendo su impugnación cuando su aplicación beneficie injustificadamente a unos pocos (v.gr., al promotor), y venga a expropiar *a posteriori* al adquirente de alguna porción, de algún aspecto y valor de su atribución (8).

Al propietario le interesa, sin duda, tener garantizada la mejor y más amplia utilización de su piso o local, y no perder valor. Tanto sus iniciativas, como su poder de bloquear las iniciativas de los demás, promover o impugnar un acuerdo comunitario, servirán a ese fin, de acuerdo con el destino del inmueble.

Hemos de reflexionar acerca de la posición del propietario en tanto comunero, en la singular forma de cotitularidad que encierra en sí el régimen jurídico de propiedad horizontal. Y luego es preciso plantearse qué vías, principios, criterios o datos legales permitirán optimizar el ámbito de las libertades del propietario en la utilización de su piso formando parte del edificio, elementos comunes incluidos, en el seno de la organización comunitaria.

Conviene que, de entrada, detengamos nuestra atención en la comunidad ordinaria. En esta situación, explica BARASSI, a la fundamental estructura autonomista de la copropiedad se opone una cierta solidaridad mitigante, alrededor de la idea del interés de la comunidad, resultante de la presencia de otros titulares cualitativamente iguales al comunero concreto (9). Incluso en el Derecho romano, en que tal situación es concebida como esencialmente incidental y transitoria, según indican OURLIAC y MALAFOSSE, la visión estrictamente individualista fue experimentando una tenue evolución, a través de la restricción de los derechos individuales (solidaridad entre los propietarios,

(7) Acerca de este concepto esencial («*la destination de l'immeuble*»), vid. CORNU, *op. cit.*, nn. 1539, 1545; CARBONNIER, *op. cit.*, nn. 178, 182; ATIAS, *Les biens*, II. *Droit Immobilier*, París, 1982, n. 197 y sigs.; TERRÉ-SIMLER, *Droit Civil. Les biens*, 4.ª ed., París, 1992, nn. 624-625; 44 y sigs.; LOMBOIS, «Statut de la copropriété des immeubles bâtis. Commentaire», Dalloz, 1966, *Législation*, n. 167 y sigs.

(8) Así, la cláusula estatutaria por la que el promotor se reserva el derecho a sobre-elevar o subedificar está sometida a ciertas condiciones o requisitos, derivados de la necesidad de fijar de antemano con claridad la consistencia de la atribución del adquirente, sin que se pueda luego arbitrariamente minimizar su contenido y su valor. Vid. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 4.ª ed., Madrid, 2003, pág. 691 y sigs. Las cláusulas relativas a actividades no permitidas o restringidas en el uso del inmueble habrán de tener una justificación suficiente, y poder ser contempladas por el adquirente con claridad como delimitando su atribución, en función del reparto de valores y utilidades establecido en el edificio, por ejemplo, en complejos inmobiliarios que combinen viviendas y centros comerciales, etc... Vid. STS de 8 de mayo de 2002.

(9) Cfr. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pág. 722.

interés colectivo) y del control jurisdiccional. Con Justiniano, indican estos autores, la comunidad llega a organizarse, limitando el derecho de veto: las decisiones se toman por mayoría, y la minoría puede obtener en juicio la nulidad de aquéllas de las que resulte un perjuicio injustificado (10).

Para fijarnos en la estructura autonomista de la comunidad, lo mejor es considerar esta relación en su versión radicalmente incidental y transitoria. En este momento, la exclusión abstracta, la cuota, está en espera de su manifestación concreta final. El derecho de cada cual, recayendo sobre la totalidad de la cosa, implica una *pretensión de respeto absoluto*. Tal punto de vista ofrece su reflejo más acabado en la normativa francesa de la indivisión (art. 815 del *Code Civil*) anterior a 1976 (aunque con anterioridad, la cuestión toma un nuevo camino, precisamente en relación con el régimen de la copropiedad por pisos). La protección del interés de cada comunero bloquea cualquier iniciativa individual e incluso colectiva, y el aspecto concurrencial, afirma CORNU, queda exaltado al máximo, en estado bruto: es ineludible el acuerdo unánime (11).

La regla de la unanimidad constituye, en realidad, la traducción del absolutismo del derecho real recayendo sobre la totalidad de la cosa. No refleja tanto un poder de decisión colectivo, sino la soberanía del poder individual, actuando en concurrencia (12). Así, en el seno de la propiedad horizontal, la necesidad de acuerdo unánime para determinadas decisiones es cauce protector del derecho y del valor atribuido al titular del piso o local, del ámbito de su libertad y su poder real. Este aspecto defensivo conviene tenerlo en cuenta, que intentarán privarle de lo que es suyo, y en consecuencia, como hemos visto, examinaremos con cuidado y prevención aquellas determinaciones estatutarias que pretendieran desactivar este medio en beneficio de ciertos intereses del promotor. Ahora bien, y precisamente este es el nervio de nuestra reflexión, el poder de veto, en estado bruto, enseñoreándose de toda la vida comunitaria, puede ser un freno y un obstáculo a legítimas aspiraciones de los diversos titulares de fincas, y a la consecución de la máxima utilidad de los bienes en el interior del conjunto inmobiliario.

En efecto, los propietarios de un piso en el edificio no necesitan sólo el instrumento defensivo, sino también los instrumentos del poder activo: vías y criterios que entren en juego para hacer efectiva la posibilidad, individual

(10) Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico, II. Los bienes*, traducción y notas por Fairen, Barcelona, 1963, nn. 139-140.

(11) Cfr. CORNU, *op. cit.*, nn. 1229-1232; CARBONNIER, *op. cit.*, n. 78 y sigs.

(12) La exigencia de unanimidad no representa tanto actuación del poder colectivo cuanto manifestación del «absolutismo del derecho de propiedad, reconstituido por el acuerdo unánime». Cfr. KISCHINEWSKI-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, 3.^a ed., París, 1978, pág. 211.

y colectiva, de llegar todo lo lejos que sea razonable en la utilización, siempre de acuerdo al destino del inmueble, y respetando aquellas líneas estructurales básicas que sustentan la atribución y garantizan la conservación del valor atribuido a los demás. En esta línea, resulta propio del régimen fundiario de propiedad horizontal (cuya evolución hay que verla, indica CARBONNIER, en el largo tiempo), el proceso que tiende a flexibilizar la gestión de lo común, yendo más allá de los estrechos cauces del sistema de adopción de decisiones característico de la comunidad ordinaria (13).

Antes de detenernos en este aspecto, y continuando la contemplación de la comunidad ordinaria, recordemos que nuestro Código Civil, desde el principio, tiene en cuenta y otorga una cierta reglamentación a la vida comunitaria (contribución a la conservación, administración por acuerdo mayoritario). Mientras en Francia, sólo cuando a partir de 1976 (14) se mira en general la indivisión como una relación perdurable en el tiempo, el legislador se preocupa de su organización; el sistema legal facilita la actuación individual e introduce la consideración del interés común (15). La relación jurídica se orienta a la satisfacción del interés individual, pero a través de una reglamentación a que se someten los partícipes.

Si el inmovilismo, derivado de la pretensión (digna de protección) de que no existan iniciativas ni actuaciones de los otros, salvo el mínimo imprescindible de conservación, tiene sentido en una comunidad transitoria, esto habrá de modularse con la reglamentación del uso y posibilidad de acuerdos por mayoría si la comunidad está durando un poco más. Ahora bien, parece conveniente llegar incluso más lejos si la comunidad pertenece al ámbito de aquellas estables, económicas o funcionales, al servicio de bienes privativos. El oportuno dinamismo que representa el poder de la mayoría para la administración en la comunidad simple, ahora, en la comunidad funcional, puede precisar el establecimiento de un régimen de mayorías cualificadas para determinadas innovaciones, como ocurre en Derecho italiano, la posibilidad más abierta de cambios de destino... Todo ello porque la estabilidad de la comunidad no puede soportar el permanente inmovilismo derivado del juego de la unanimidad y del poder de veto. Éste, que tiene sentido cuando es preciso estar pendiente de que otros no lesionen mi autónomo derecho con

(13) También parece propio de la institución ir afirmando como principio la libertad del propietario, requiriendo las limitaciones estatutarias a su actividad y a sus iniciativas una justificación suficiente de acuerdo al destino del inmueble.

(14) Ley 76-1286, de 31 de diciembre.

(15) No se abandona el principio de acuerdo unánime, pero están previstos criterios que lo atenúan (actos conservatorios, mandato tácito, gestión de negocios, habilitación judicial...). El interés común puede justificar la autorización judicial de actos —incluso dispositivos— contra la oposición de algún comunero. En defecto de acuerdo para la organización de la coexistencia en el goce es posible acudir al Juez. *Vid. CARBONNIER, Droit Civil, III, cit., n. 82; CORNU, op. cit., n. 1240 y sigs.*

aventuras injustificadas, puede no tenerlo tanto, si la comunidad simplemente está al servicio de bienes particulares. Porque ya no interesa de modo primordial el mantenimiento intocable de la cosa común, sino su mejor servicio a la conservación del valor y mejor disfrute de los bienes individuales (16).

Centrándonos ya definitivamente en la propiedad horizontal, la complejidad del esquema, explica con agudeza CORNU, no sólo radica en la distinción material entre las partes privativas y comunes, sino también en la distinción jurídica entre derechos individuales y prerrogativas colectivas (que aquellas diversas partes y el todo que ellas forman soporta). Y es peculiar de esta relación inmobiliaria (porque lo común encierra lo privativo, y lo privativo encierra participación en lo común) que la distinción jurídica no coincida en sus contornos con la material (17).

En el orden de los derechos indivisos —continúa el citado autor—, se distinguen las prerrogativas que se prestan a un ejercicio individual y las que exigen necesariamente la intervención de la colectividad, sea por unanimidad o a través de mayoría (en su caso, reforzada). Las prerrogativas del *syndicat* pertenecen al régimen fundiario del inmueble: aspecto colectivo irreductible de tal régimen, aunque sólo sea a título de ejercicio de los derechos. Y aquí la doctrina francesa —lo que nos resulta aprovechable— ha formulado explicaciones que justifican cómo, sin disminuir ni un ápice la consideración de titular de cada uno de los copropietarios, es posible que el ejercicio de sus

(16) En la medida que la comunidad va configurándose como más estable, se acentúan dos tendencias: la posición privativa de cada cual adquiere mayor relevancia, y la permanencia en la comunidad, que se orienta a cierta función o destino, se convierte en instrumento de aquélla. Entonces, la posibilidad de oponer a determinadas actuaciones individuales o colectivas, acordes con tal destino, el propio veto, ha de atenuarse. BARASSI lo puso de relieve a partir del examen de la peculiar comunidad de medianería, donde cada condueño tiene su esfera privativa de utilización, sin perjuicio de las recíprocas injerencias. «...*Qui non si esce dal confine del godimento normale secondo la destinazione della cosa e col rispetto del diritto del vicino: ma è un facto que dal punto de vista del diritto comune di cui agli artt. 1102 e 1108 CCI, questo godimento comprende atti che almeno in parte intaccano la cosa. (...) Siamo qui di fronte a una comunione forzosa, in qui la legge dilata l'autonomia di ogni comproprietario, quasi per attutire l'asprezza della comproprietà. E dubbio se, nei limiti di questo concetto di indole conciliativa, si possano interpretare solo estensivamente e non analogicamente le facoltà della legge concesse ai comproprietari del muro: sono norme che deviano dai principi generali, si può dire, quindi non estensibili per analogia. Ma crediamo invece che qui sia nascosto un principio generale comune alla comproprietà coatta; quella di renderla tollerabile ampliando l'autonomia di ogni comproprietario. E un principio generale parallelo a quello degli art. 1102 e 1108 CCI: quindi l'analogia dovrebbe ammettersi*». Cfr. BARASSI, *Proprietà...*, cit., págs. 720-721. Este criterio, que opera en la propia comunidad, resulta utilizable en la propiedad horizontal. Así ocurre en Derecho italiano (y también en el francés). Respecto a Italia, *vid.* artículos 1.102, 1.106, 1.108 y 1.120, 1.136 CCI. CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 1981, pág. 425 y sigs.; COSTANTINO, *op. cit.*, pág. 280 y sigs.

(17) Cfr. CORNU, *op. cit.*, nn. 1541-1543.

derechos tenga como vehículo la decisión colectiva. No se trata sólo de la gestión de una comunidad, supone algo más profundo, insiste CORNU, pertenece al esquema de reparto fundiario (18).

Cabe, entonces, explicar lo que sigue: en virtud del régimen jurídico inmobiliario en que el propietario se integra, una parte de sus derechos los va a desarrollar en cuanto partícipe del colectivo, como ejercicio del poder que requiere la conformidad de la voluntad comunitaria y como poder de participar, dentro de los cauces previstos, en la formación de las decisiones colectivas; lo que puede llevar, en algún caso, por paradójico que parezca, a que la decisión que se tome, que manifiesta, expresa y es cauce, en esta vertiente, del poder real, no coincida sin embargo con la apetencia de algún copropietario, a título individual, en un momento concreto. Porque el derecho de cada cual y su interés en el destino de lo común está matizado por una cierta instrumentalidad con respecto a los bienes individuales.

Por otra parte, este mismo argumento sirve para justificar cómo la actuación del derecho individual en torno al bien privativo, pudiera acaso afectar al elemento común, sin lesionar por ello en abstracto el derecho de los demás ni precisar su consentimiento unánime. El criterio de que la organización colectiva no puede lesionar ni poner trabas a la utilidad del bien individual sin suficiente justificación (destino del inmueble) ofrecería aquí otra vertiente.

* * *

El principio de la máxima utilidad de los bienes ha de tenerse en cuenta cuando se consideran ciertas obras y modificaciones que pudieran realizar los propietarios. La observación a destacar, especialmente ahora, es que con el transcurso del tiempo, la sugerencia apuntada a lo largo de esta exposición se ha ido vislumbrando por la doctrina, se ha ido reflejando quizá tímidamente en la jurisprudencia, y se ha plasmado ya en una reforma de la ley: el desenvolvimiento de las relaciones de propiedad horizontal requiere una particular interpretación de la esfera de atribución dominical irreductible; se abre camino una interpretación parecida a la que sirve, en materia de actos de disposición o de administración, para incluir ciertos actos dispositivos en la esfera de un concepto más amplio y flexible de administración (19).

(18) Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1549 y sigs.; TERRÉ-SIMLER, *op. cit.*, n. 630 y sigs.

(19) Este modo de enfocar la cuestión había venido inspirando soluciones acogidas en la legislación italiana y en la francesa, lo que observó con cierta perplejidad GONZÁLEZ CARRASCO, *Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Barcelona, 1997, pág. 88. Perplejidad paralela a la dificultad de combinar dos tendencias: por un lado, el apego a la defensa del derecho intangible del propietario, valorando cualquier decisión (colectiva pero no unánime) modificativa de los elementos comunes como contravención a la atribución individual; y en sentido contrario, el reconocimiento de la conveniencia de facilitar la introducción de

Si esto no fuera así, y si no se tuviera presente esa cierta instrumentalidad del elemento común respecto del bien privativo, se impondría en todo momento la necesidad del acuerdo o permiso unánime para convalidar iniciativas y decisiones, sin dejar espacio alguno, salvo para cuestiones muy menores, a la idea de un poder colectivo en que se integra de alguna manera el derecho individual, para su ejercicio y toma de decisiones, y que no requiere en diversas ocasiones formarse por unanimidad.

Por eso es significativa nuestra reforma de 1999, en cuanto establece un sistema de mayorías de distinta índole para decisiones que, por afectar y suponer alteración de elementos comunes, parecería, según cierta estricta ortodoxia, que requerirían el consentimiento de todos y cada uno de quienes, en definitiva, son sus condóminos. Esto nos revela que hay algo más, en este régimen fundiario, algún criterio nuevo y de suficiente importancia como para hacer quebrar esta aparentemente ineludible regla general. Es cierto que es el legislador quien se ha ocupado de ello, pero esta novedad no deja de revelarnos que en realidad es posible adoptar decisiones y afrontar modificaciones que alteren los elementos comunes, sin el consenso de diversos propietarios, y sin por ello considerar que se está dando carta de naturaleza a una erosión inaceptable de su titularidad jurídico-real, que se les está dejando indefensos y se permite la causación de un daño en sus intereses. Cuando se ha visto realmente conveniente que los innovadores se impusieran a los inmovilistas, éstos se han visto privados de su poder. Profundizar este argumento puede dar lugar, en mi opinión, a desarrollos interesantes (20).

La doctrina se ocupó ya antes de la reforma de la ley acerca de las posibilidades de eludir en ciertos supuestos la regla de la unanimidad (21). Llamaba la atención sobre todo el caso del «veto injustificado» (motivado probablemente por rencillas de vecindad y no por un interés objetivo), que permite la regla, utilizado por uno o unos pocos disidentes, frente a una iniciativa ampliamente compartida por la comunidad, o frente a la aceptación y permiso de una amplia mayoría respecto a la iniciativa de un propieta-

innovaciones, acordes al destino del inmueble y que, sin modificar los elementos estructurales básicos de la atribución, pudieran afectar sin embargo a los elementos comunes. Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, *ibidem*, págs. 91-94.

(20) El sistema de mayorías del nuevo artículo 17 LPH puede verse resumido y comentado en PÉREZ PÉREZ, *Manual de Derecho de la propiedad horizontal y su inscripción registral*, Murcia, 2000, pág. 101 y sigs.; CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 748 y sigs.; PASTOR ÁLVAREZ, *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, Valencia, 2001, pág. 92 y sigs.

(21) Las posibilidades que ofrecía la ley con anterioridad a la reforma parecían muy limitadas. Vid. RIVERA FERNÁNDEZ-HORNERO MÉNDEZ, «Propiedad horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad para alterar un elemento común?», en *Col. Jurisprudencia Práctica*, 133, Madrid, 1997.

rio (22). Por eso, además de proponer *de lege ferenda* la sustitución de la unanimidad por mayorías cualificadas, solución que se terminó reflejando en el artículo 17 de la LPH, se trajo a colación el criterio del abuso del derecho, que efectivamente fue utilizado por la Jurisprudencia en algunos casos, si bien dentro de límites estrictos, tal y como caracteriza el uso de este remedio por el Tribunal Supremo; hoy, el artículo 18 de la Ley alude expresamente a la impugnabilidad de los acuerdos que «se hayan adoptado con abuso de derecho», donde podrían incluirse estos supuestos de veto injustificado (23). Ahora bien, como he apuntado, si el «abuso del derecho» implica concebir que frente al *no-derecho* del propietario se opone el *derecho* de la comunidad o cualquiera de sus miembros (utilizado, sin embargo, abusivamente, así el «abuso» es un último remedio extremo y excepcional), y, por otra parte, se entiende que cualquier alteración en la configuración del inmueble impide la estimación de abuso por parte de aquellos en impedirla (justificaría por sí sola el interés en litigar —así lo entendió, por ejemplo, la STS de 10 de abril de 1995, doctrina que CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO ven, sin embargo, carente de justificación—) (24), entonces, la virtualidad de este criterio resulta muy limitada. Acaso, profundizando la conexión de este criterio y el de *ius usus inocui* (25), para el particular régimen jurídico inmobiliario que venimos estudiando, y de acuerdo con todas las consideraciones hechas más arriba, se pueda apreciar que, si lo que es útil al propietario, aún alterando elementos comunes, no es perjudicial para los demás ni

(22) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Madrid, 1986, pág. 247; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III-2, 2.^a ed., Barcelona, 1991, pág. 549 y sigs.; VENTURA TRAVESET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 5.^a ed., Barcelona, 1992, pág. 235. A quien daña la regla unanimidad —explica así este último problema CARRASCO PERERA— no es a la mayoría de la comunidad, sino a cada propietario individual que observa asombrado todos los días como cualquier vecino ejerce un derecho de veto sobre decisiones de comunicación de locales propios, o sobre la colocación de rótulos o de aparatos de aire acondicionado. Lo malo de la unanimidad no es que coarte las decisiones de la mayoría, sino que expropia a cada propietario singular de su derecho dominical, a menos que la unanimidad se restrinja a asuntos estrictamente comunitarios, y no se comunitarice toda decisión individual que comporte la alteración de un elemento común. Cfr. «Comentario al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ, Pamplona, 1999, pág. 502.

(23) Cfr. CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 762. Sobre la utilización del abuso del derecho y sus límites, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, *Propiedad horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, Pamplona, 1996, pág. 381 y sigs.; en el momento en que se estaba planteando la reforma de la ley, vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, «El abuso del derecho y la propiedad horizontal: criterios jurisprudenciales y nuevas tendencias legislativas», en *Actualidad Civil*, 1997, n. 37.

(24) Cfr. CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 707.

(25) Cfr. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 112, nota 73.

desvaloriza el conjunto, entonces aquel supuesto «no derecho» se fortalece, y el «derecho» se debilita, de forma que es más fácil apreciar el «abuso». La negativa al permiso carecería de fundamentación suficiente. Eso sí, este es un camino que nuestra jurisprudencia se muestra remisa en transitar (26).

Aparte del régimen de mayorías del artículo 17 LPH y de la doctrina del abuso del derecho (sin olvidar su conexión con la doctrina de los propios actos), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO indican que cabe reconocer límites a la exigencia de unanimidad derivados del propio concepto de alteración, y de su conexión con las innovaciones a que se refiere hoy el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal. En efecto, «si toda variación de los elementos comunes fuese alteración del título, quedaría sin contenido el artículo 11 LPH, referido a acuerdos sobre mejoras e instalaciones «válidamente adoptados» aún con la existencia de disidentes que no se considerarán obligados a contribuir a los mismos si el montante de su contribución excede del montante de tres mensualidades ordinarias». Por ello VATTIER FUENZALIDA (27) propugnó en su día, con carácter general, distinguir la alteración sustancial de elementos de la simple modificación de escasa importancia, utilización o afectación. Y, efectivamente, el Tribunal Supremo ha aceptado en distintas ocasiones que los conceptos de alteración de la estructura o fábrica del edificio o de los elementos comunes deben aplicarse a las obras de cierta trascendencia, y admiten flexiblemente una distinción respecto a otras modificaciones a cuya menor importancia y repercusión se ajustaría el acuerdo de la mayoría (28).

Ahora bien, para el propietario individual, y en relación con el ámbito de sus libertades y prerrogativas frente a la comunidad, reviste particular importancia lo relativo a las uniones o divisiones físicas, y también jurídicas, entre los pisos y locales, y a la alteración de elementos comunes que pudieran llevar consigo. De entrada, hay que matizar con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que la ley no prohíbe las uniones meramente físicas de pisos o locales, siempre que se pueda, en caso de enajenación, por ejemplo, volver al estado primitivo. Aquí entraríamos en la discusión acerca de si toda pared separadora entre dos pisos o locales privativos es elemento común, y no cabe por tanto comunicación entre ellos sin afectar a la fábrica y estructura del edificio, o por el contrario cabe

(26) Vid. los criterios acerca de alteraciones en las cosas comunes reflejados en las sentencias citadas por CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 705; una exposición amplia de la doctrina jurisprudencial tradicional en DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 369 y sigs.

(27) Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., «Tipología de las innovaciones en las cosas comunes en la disciplina positiva de la propiedad horizontal», en *RGLI*, septiembre de 1976, págs. 251-268 y 267-268.

(28) Vid. CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 705 y sigs., y las sentencias citadas allí en la pág. 706; asimismo, PASTOR ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 84 y sigs., y 90-91.

distinguir muros, forjados y paredes maestras, y otras paredes que no lo son, y que no tendrían la consideración de elementos comunes, de acuerdo a la descripción que de ellos hace el nuevo artículo 396 del Código Civil, como entiende PÉREZ PÉREZ (29). Y en efecto, indican CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, no se entienden incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 8.II LPH, aquellas operaciones «por las que los propietarios de departamentos colindantes comunican internamente sus elementos sin consecuencias comunitarias ni registrales, que estarían únicamente sometidas al deber de comunicación al Presidente (art. 7.I LPH), y a las limitaciones que el mismo artículo establece (STS de 20-12-1989, RA 8855)» (30).

Pero vamos a centrarnos en la modificación físico-jurídica (divisiones, uniones, segregaciones) a que se refiere el artículo 8 de la LPH. Requiere, conforme a este precepto, la aprobación unánime de la Junta, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación, sin alteración de las cuotas de los restantes pisos o locales.

La cuestión se ha planteado en relación con las cláusulas estatutarias que permiten, especialmente para locales comerciales, la división, segregación y constitución de un local único a partir de varias fincas independientes. El Tribunal Supremo las había declarado nulas en diversas ocasiones, aplicando el artículo 8.2 LPH (31), mientras la Dirección General de los Registros y el Notariado se mostró más propensa a admitir su validez (32). Sin embargo, también la Jurisprudencia, con el tiempo, vino aceptándolas (33), condicionando su validez y eficacia (en lo que está de acuerdo la doctrina) al cumplimiento de ciertos requisitos materiales y jurídicos (34). Así, que las

(29) Cfr. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, págs. 49-50. En el Derecho francés, el artículo 7 de la ley distingue claramente estas paredes medianeras entre partes privativas, no comprendidas en la *gros-oeuvre*. Vid. por todos, CORNU, *op. cit.*, n. 1542.

(30) Cfr. CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 733. El problema vendrá —y entrará de lleno en el ámbito de la reflexión que venimos desarrollando— cuando esta comunicación lleve consigo alguna modificación de elementos comunes.

(31) Cfr. STS de 7 de febrero de 1976. Fue objeto de comentario crítico por GARCÍA GARCÍA, en *RCDI*, 1977, pág. 440 y sigs. Este autor sugería admitir la cláusula siempre que la facultad de modificación apareciera bien precisa y depurada, previsto el número de locales futuros, distribución de la cuota entre los nuevos departamentos según criterios objetivos..., sugerencias que fueron alcanzando general aceptación. Pero la Jurisprudencia siguió rechazando la cláusula en diversas ocasiones (SSTS de 31 de enero de 1987, 3 de mayo de 1989 y 19 de julio de 1993).

(32) Vid. RRDGRN de 31 de agosto de 1981 y 26 de febrero de 1988.

(33) Vid. STS de 5 de mayo de 1986, 30 de septiembre de 1988, 21 de diciembre de 1994, 22 de mayo de 1995 y 7 de mayo de 1997.

(34) Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *Propiedad horizontal...*, cit., pág. 467 y sigs.; GÓMEZ CALLE, «La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992, págs. 1533-1589, 1564 y sigs.; RIVERO HERNÁNDEZ, *Estatuto jurídico...*, cit., págs. 72-73; CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 732.

unidades privativas resultantes queden suficientemente delimitadas y sean susceptibles de aprovechamiento independiente (35); que no se ocupen elementos comunes individualizándolos; la constancia de concretas especificaciones para evitar que pueda alterarse fraudulentamente el *status* relativo a *quórum*s para la adopción de acuerdos; la previsión del sistema para la fijación de las nuevas cuotas de participación sin perjudicar el derecho de los demás propietarios (36)... Pero asimismo requiere el Tribunal Supremo que no se altere la estructura y seguridad del edificio, y que no se alteren sustancialmente elementos comunes (razón por la que las SSTS de 7 de julio de 1997 y 10 de diciembre de 1997 negaron que la cláusula ampare la agrupación de locales situados en distintas plantas).

Ahora bien, parece obvio que la virtualidad práctica de la cláusula depende con frecuencia de la posibilidad de organizar la necesaria o conveniente alteración de elementos comunes conectada con la nueva distribución del inmueble. Si esta última modificación requiriera en todo caso el permiso unánime, probablemente la cláusula no tendría utilidad. Por ello, en la línea de flexibilización de los criterios jurisprudenciales acerca de «modificación» de que venimos hablando, en la materia que nos ocupa se propuso que pudieran preverse estatutariamente las alteraciones o utilización de elementos comunes adecuados a la operación, lo que ha ido teniendo aceptación por la Jurisprudencia, aunque sólo sea para afirmar que tales posibilidades han de interpretarse y aplicarse de manera res-

(35) Conforme al artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997, la inscripción de las modificaciones del título constitutivo que amplían el número de elementos privativos previstos en la declaración de obra nueva, requiere licencia que acredite su adecuación a las previsiones del planeamiento urbanístico vigente o la acreditación de su innecesariedad. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y el Notariado, en Resoluciones de 15 y 16 de octubre de 2002, consideró inexigible este requisito para la inscripción de divisiones y segregaciones amparadas por la permisión estatutaria (al entender que el Real Decreto citado «carece de virtualidad suficiente para establecer tal limitación al derecho de propiedad»), salvo que la normativa autonómica aplicable lo imponga para el acto material de edificación en cuestión.

(36) La jurisprudencia requiere que las nuevas cuotas de participación queden determinadas a través de operaciones puramente matemáticas. Sin embargo, hace notar RIVERO HERNÁNDEZ, esto puede no ser tan sencillo. Acaso una multiplicación de titulares debiera llevar a una contribución conjunta a ciertos gastos ahora mayor que la prevista para el local único originario; sin embargo, un aumento de cuota de propiedad lesionaría el derecho de los demás. Por ello, hay que manejar aquí la distinción entre cuota de propiedad y cuota de contribución a ciertos gastos, susceptible de aumentar. En cualquier caso, cabría establecer un sistema de criterios sin previsión inicial de nuevas cuotas, para su aplicación por la Junta y, si no se obtiene el acuerdo unánime, a través de un arbitraje o por el Juez, por un procedimiento semejante al que en Derecho francés permite revisar el reparto de cargas impugnado durante los cinco primeros años. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *Estatuto jurídico...*, cit., pág. 63; ALBIEZ DOHRMANN, «Comentario a la STS de 19 de julio de 1993», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 33, 1993, 881, pág. 933 y sigs., págs. 945-950.

trictiva (37). Incluso, en sentencia de 7 de mayo de 1997 el Tribunal Supremo afirma, sin más, que la facultad de dividir el sótano en cuantos locales comerciales sea posible, comporta la de modificar el muro de cierre a fin de dar acceso independiente a cada uno de ellos desde el exterior. No se trataría, por lo tanto, de una «alteración esencial de elementos comunes» precisada de un nuevo permiso unánime, sino de otro tipo de modificación, implícitamente permitida por su conexión con la nueva distribución del inmueble, aunque el estatuto no haga mención especial de ella (38).

Llevando un poco más allá nuestro razonamiento, cabe plantear si no sería posible, en realidad, que el Título constitutivo contuviera un elenco de modificaciones susceptibles de realizarse por los propietarios, como por ejemplo, en relación con agrupaciones y divisiones, junto a la indicación de aquellos elementos comunes esenciales que no se pueden tocar, la ordenación de la eventual alteración del resto, exigiendo para ello requisitos de notificación, informe pericial arquitectónico a cargo del interesado y, en definitiva, que la actuación no menoscabe la seguridad del edificio, ni le haga perder valor, incluso estético, de acuerdo con su destino. Tal vez, entonces, pudiera exigirse simplemente para acometer la modificación el visto bueno mayoritario de la comunidad, como mayoría de control, manifestación de que la actuación no puede ser unilateral del propietario, está afectando a los elementos comunes, pero cuya función consistiría en constatar la conformidad de dicha actuación a los parámetros previstos y confirmar el ajuste de las nuevas cuotas, aplicando en su caso un nuevo reparto de ciertas cargas. Tal visto bueno mayoritario, o también, si se prefiere, el unánime, si se viera este último como más acorde con las exigencias de la ley, sería en todo caso susceptible, si no se obtiene, de una reclamación judicial, por cuanto no se trataría ya, por decirlo así, de un permiso o acuerdo discrecional, sino reglado. De esta manera, una discrepancia respecto a determinados aspectos que pudieran ser accesorios de la operación, o en la nueva manera de repartir cuotas y cargas, no serviría como pretexto para bloquear una iniciativa que, siendo beneficiosa para un propietario, no resultara perjudicial para el con-

(37) Vid. STS de 8 de marzo de 1991 y 21 de noviembre de 1995. Cfr. HUERTA TRÓLEZ, «Reserva estatutaria de la facultad de dividir locales en régimen de propiedad horizontal. Comentario a la STS de 30 de septiembre de 1988», en *La Ley*, 1989-2, págs. 1188-1191; DÍAZ MARTÍNEZ, *ibidem*, págs. 466-468; ALBIEZ DORHMANN, *Comentario...*, cit., págs. 945-950.

(38) En el Borrador de Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios de 1991 se proponía reconocer a los propietarios de locales situados en los bajos la posibilidad, previa notificación al Presidente, sin necesidad de acuerdo de la Junta (si otra cosa no dispone el Título y, en su caso, en las condiciones establecidas por él) de abrir huecos a la calle y realizar las obras adecuadas, siempre que no afecte a la seguridad del edificio ni menoscabe instalaciones o elementos comunes, o la estética del conjunto (art. 46.2). Vid. comentario por RIVERO HERNÁNDEZ, *Estatuto jurídico...*, cit., págs. 49-50.

junto: el juez decidiría finalmente en qué condiciones se va a realizar la operación en caso de desacuerdo (39).

Pero podemos ir aún más lejos: ¿qué sucederá si el Estatuto nada dice acerca de estas posibilidades y alteraciones...? Esto no significa, veámoslo bien, que no se puedan hacer, sino que están sometidas al permiso unánime (art. 8 LPH). Y acaso, retomando consideraciones hechas más arriba, pudiera llegarse a sostener que, en virtud de los criterios propios de este singular régimen jurídico inmobiliario, la autorización puede no ser «discrecional» sino «reglada», so pena de abuso del derecho, si la modificación que interesa a un propietario en nada perjudica a la estructura y la seguridad del inmueble, no menoscaba su valor y es conforme a su destino.

En estos puntos, como he ido apuntando, puede resultar fructífero fijarse en el Derecho francés, cuya evolución, sobre todo a partir de la importante reforma de la *copropriété* en 1985, presenta el interesante itinerario desde la defensa a ultranza de la irreductible posición de cada comunero, a la comprensión de las peculiaridades de un régimen fundiario que precisa cierta flexibilidad para la actuación de los derechos individuales a través del poder colectivo. Los rasgos intangibles de la propiedad por pisos, o que precisan el

(39) El «Visto bueno» de la Junta me parece necesario, no puede tratarse de una actuación unilateral del propietario, porque están en juego elementos comunes. Algo así parece entender la RDGRN de 13 de junio de 2002, aunque sea criticada por CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., págs. 732-733, que ponen el acento en la facultad otorgada al propietario por la cláusula, entendiendo que la exigencia de una manifestación de la comunidad para que la operación pueda desplegar todas sus consecuencias, por ejemplo, registrales, privaría de virtualidad a la permisión estatutaria. En mi opinión, hay que fijarse también en la otra vertiente de la situación. La iniciativa del propietario pone en marcha un proceso en el que la Junta ha de poder examinar el alcance concreto de las modificaciones y el nuevo reparto de cuotas y cargas, y aceptar todo ello. Luego podrá el propietario acudir al Juez si la comunidad obstaculiza o rechaza injustificadamente la decisión; igual que el acuerdo permissivo de la Junta puede ser, a su vez, impugnado por otros propietarios que lo consideren perjudicial. Se plantea entonces un problema que no me parece fácil y que sin duda merecería una mayor reflexión, me limito aquí a señalarlo: importa que la actuación del propietario se mueva por estos cauces, de lo contrario difícil sería evitar la anarquía en el funcionamiento de la comunidad. Es necesario premiar al propietario/comunero respetuoso del cauce previsto, acorde con las exigencias de la buena fe, y sancionar al que actúa por su cuenta. ¿Qué hacer, entonces, cuando un propietario, por su cuenta y riesgo, acomete innovaciones del género de que venimos hablando...? Sí parece claro que la actuación puede ser confirmada por la comunidad; pero no están tan claras otras cuestiones, por ejemplo: ¿basta para condenar a la reposición el hecho de no haber solicitado el permiso, o el juez podrá examinar *a posteriori* la legitimidad objetiva de las obras y alteraciones, y admitirlas? Al menos se habrá de condenar al propietario a la indemnización por las molestias y gastos que su actuación unilateral haya provocado a la comunidad... Nuestra Jurisprudencia niega entrar a considerar un posible abuso del derecho por parte de la comunidad si la alegación procede de un propietario que hubiera afrontado las obras sin pedir el oportuno permiso. *Vid.* las sentencias recogidas por CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 707.

acuerdo unánime, se reducen a la seguridad del edificio, modificación de las cuotas de participación, enajenación de partes comunes y alteración del destino o elementos considerados necesarios de acuerdo al destino del inmueble. Fuera de ahí, se prevén mayorías de diversa cualificación para innovaciones, mejoras, alteraciones, y siempre es posible acudir al Juez, si no se obtiene el acuerdo de la mayoría, para que, en su caso —lo que puede suceder por aplicación de la doctrina del abuso del derecho (40)— autorice y señale las condiciones a cumplir para realizar cierta modificación (41).

En cualquier caso, mi objetivo en esta breve exposición, en este punto, es indicar que la posición del propietario en el régimen comunitario de la propiedad horizontal no debería impedirle innovaciones y mejoras que, siendo de su interés, no perjudiquen al resto de los copropietarios ni dañen el valor, la consistencia básica y las cualidades esenciales del inmueble. Las reglas y los criterios utilizados para resolver los problemas planteados habrían de orientarse en este sentido, y en mi opinión así va sucediendo en la evolución de este esquema jurídico inmobiliario, y así continuará sucediendo.

Para terminar, hagamos una referencia ya muy breve a un nuevo aspecto relativo a libertades y prerrogativas del propietario. El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal trae a nuestra consideración una serie de prohibiciones. Después, en los Estatutos, es posible concretar un poco más este régimen de actividades o destinos proscritos para el piso. Respecto a las limitaciones relativas a las actividades o género de vida en los pisos o locales, es necesario ser prudente: es verdad que —tanto en propiedad horizontal como en

(40) La utilización del criterio en nuestra jurisprudencia no es, por tanto, original. *Vid.* GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, París, 1985, n. 248.

(41) *Vid.* CORNU, *op. cit.*, n. 1553; ATIAS, *Les biens*, 4.^a ed., París, 1999, n. 360 y sigs.; TERRÉ-SIMLER, *op. cit.*, n. 644 y sigs. Esto no quiere decir que en el sistema francés resulte fácil cualquier modificación. Depende de su adecuación al destino del inmueble. *Vid.* ATIAS, *Les biens*, cit., 1999, n. 384 y sigs., especialmente para el tema que nos ocupa, n. 396 y sigs. Este criterio permite tener presentes las cualidades del edificio que nutren su valor de acuerdo con el interés de todos y cada uno de los propietarios. Así, en función del mismo, una modificación del aspecto exterior del edificio puede en ciertos casos no afectar al valor del inmueble, y la oposición a ciertos cambios no se justificaría; en otros, por el contrario, sólo cabría por acuerdo unánime. *Vid.* TERRÉ-SIMLER, *op. cit.*, n. 625. Ahora bien, constatado que una modificación no contraría el destino del inmueble, ni provoca (aspecto estrechamente conectado con el anterior) una apropiación injusta de la utilización incrementando de forma inaceptable y no compensable las molestias y gastos de los demás propietarios, ni amenaza la seguridad del edificio —por ejemplo, en el ámbito que venimos tratando de la división y agrupación de pisos, la comunicación mediante la perforación de un muro, o la construcción de una escalera interior...— está abierta la vía para llegar a realizarla, y el que afecte a elementos comunes no es un obstáculo infranqueable para su consecución. *Vid.*, en este sentido, el resumen de jurisprudencia presentado por LEBATTEUX, «Travaux d'amélioration et destination de l'immeuble», en *Revue de Droit Immobilier*, 17 (3), 1995, pág. 429 y sigs., especialmente pág. 435 y sigs. Y también, en ese mismo fascículo de la *Revue*, el trabajo de CAPOULADE, *Destination de l'immeuble et restructuration des lots et des syndicats*, pág. 449 y sigs.

urbanizaciones— el destino y carácter de la finca —supone algo más que un lugar físico, también un beneficio a repartir: habitabilidad, confort...— justifica este tipo de cláusulas, pues benefician al conjunto (todos y cada uno) y pueden estar en consonancia con la sensibilidad social del momento (42). Pero hay que combinar estos criterios con el otro, básico en este ámbito, de facilitar la obtención de la máxima utilidad de los bienes, teniendo en cuenta además que si —como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1960— la normativa se basa en los criterios de las relaciones de vecindad, precisamente en la vecindad existen aquellos «inconvenientes ordinarios» que no se puede pretender eliminar a toda costa.

Respecto al uso del piso o local «acorde con su destino», ya reaccionó en su día GIL RODRÍGUEZ, en un interesante trabajo, contra la fácil admisión de prohibiciones y limitaciones de dudosa licitud e interés (43); criticando la RDGRN de 25 de septiembre de 1991, que no permitió para un desván, espacio privativo, que aparecía descrito como tal, el acondicionamiento posterior y utilización como vivienda, decisión que, de haber llegado a estar vigente en aquel momento un precepto como el propuesto en el artículo 45.1 del Borrador de Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, no habría sido posible: «La simple expresión en el título de constitución del destino que de presente tiene un piso o local a vivienda, negocio o a otro uso no implica, sin más, que se haya establecido la prohibición de dedicarlo a cualquier otra actividad». Este texto que, como sabemos, no llegó a convertirse en ley, indica, sin embargo el criterio actualmente aceptado. El propietario tiene como una de sus facultades esenciales el «poder de destinación» (44), que sólo puede limitarse con arreglo a un interés suficientemente digno de protección, y de forma clara e inequívoca en los Estatutos (45). Así lo viene declarando la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Nota-

(42) Volvemos al criterio del destino del inmueble, especialmente valorado y estudiado en el Derecho francés. Aparte de las referencias que han hecho más arriba, *vid.* el resumen de GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pág. 88 y sigs. Según el artículo 26 de la ley francesa, el *réglement de copropriété* podrá contener disposiciones que limiten el uso y disfrute del piso privativo, siempre que puedan justificarse con base en el destino del inmueble. Se encuentra una amplia exposición de diversos supuestos en TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 663 y sigs. No cabe después decisión alguna comunitaria que modifique, disminuyendo, las posibilidades del propietario en su piso. Sólo podría hacerse con la anuencia de todos, y si resulta justificable en relación con el destino general del inmueble, *cfr.* TERRE-SIMLER, *ibídem*, n. 665.

(43) GIL RODRÍGUEZ, J., «La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de Propiedad Horizontal», en *RCDI*, 611, julio-agosto de 1992, pág. 1817 y sigs.

(44) *Cfr.* GIL RODRÍGUEZ, *ibídem*, pág. 1824.

(45) En el mismo sentido, GIVORD y GIVERDON, «Encore et toujours la destination des parties privatives», Comentario a Versailles, 21 de diciembre de 1989, en *RDI*, abril-junio de 1990, 12, 2, pág. 94.

riado —en contra de la acaso demasiado «optimista» aceptación inicial por parte del Tribunal Supremo (46)— insistiendo en que estas limitaciones hay que interpretarlas restrictivamente (47). Por otra parte, debiera ser posible su revisión por el Juez, en vista de las circunstancias.

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL

La propiedad horizontal constituye un montaje jurídico construido sobre un basamento de comunidad, a partir del cual la ley hace que «rompan» propiedades (todo lo posible, pero solo relativamente) independientes. La atribución del adquirente de un piso o local, por tanto, no puede explicarse por completo sin tener presente su condición de comunero y el conjunto de sus prerrogativas en el seno de la gestión colectiva.

Ahora bien, el punto de referencia de la institución y su razón de ser, es la satisfacción, a través de la propiedad, del interés y la utilidad individual; desde esta óptica, la atención al elemento común puede considerarse accesorio, instrumental. La normativa, el desarrollo estatutario y el sistema de toma de decisiones deben tener como faro iluminador el criterio de la máxima utilidad de los bienes, de acuerdo al destino del inmueble. El derecho de cada cual y su interés en el destino de lo común está matizado

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY

Horizontal property is a legal construct built upon a foundation of point ownership from which the law «breaks off» properties that are as independent as possible, but still only relatively independent. The attribution of the ownership of a flat or set of premises to its purchaser, therefore, cannot be fully explained without bearing in mind the purchaser's capacity as a point owner and the set of prerogatives belonging to the purchaser within the collective management of the whole.

*Now then, horizontal property's point of reference and *raison d'être* are the satisfaction of individual interest and usefulness through ownership; from this standpoint, attention to the common element may be regarded as accessory, instrumental. Rules, the implementation of by-laws and the decision-making system must take as their guiding light the criterion of maximum asset usefulness in accordance with the purpose for which*

(46) Aunque el criterio con posterioridad ha cambiado. *Vid.* la evolución de la Jurisprudencia en DÍAZ MARTÍNEZ, *Propiedad Horizontal...*, cit., pág. 424 y sigs.

(47) *Vid.*, en este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, *Estatuto jurídico...*, cit., pág. 73 y sigs.; DÍAZ MARTÍNEZ, *Propiedad Horizontal...*, cit., pág. 424 y sigs.; GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, págs. 89-90. Eso sí, la Jurisprudencia deja claro que el cambio de destinación/utilización no puede verificarse unilateralmente si la transformación lleva consigo una mayor utilización de servicios comunes cuya limitada utilización se hubiera tenido en cuenta a la hora de fijar la cuota originaria asignada al departamento, y en consecuencia su menor valor (RDGRN de 25 de septiembre de 1991; STS de 15 de marzo de 2000). O si comporta alteración de elementos comunes (STS de 9 de mayo de 2002). *Vid.* CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción...*, cit., págs. 723-724.

por cierta instrumentalidad respecto a los bienes individuales.

Reflexionamos aquí, sobre esta base, acerca de la posición del propietario en tanto comunero, y, a partir de una comparación con la comunidad ordinaria, tratamos de vislumbrar qué vías y criterios permiten optimizar el ámbito de las libertades del propietario en la utilización de su piso formando parte del edificio, en el seno de la organización comunitaria.

the building is intended. Each person's right and his or her interest in the fate of common portions is nuanced by a certain instrumentality with respect to his or her own individual assets.

This article reflects upon these foundations and the position of the property owner as a point owner and it attempts, on the oasis of a comparison with ordinary point property ownership, to gain a glimpse of the channels and criteria for optimising the realm of an owner's liberties in the use of his or her fiat as part of the building, within the community organisation.

(Trabajo recibido el 30-04-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

La igualdad de rango hipotecario

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

Doctor por la Universidad de Oviedo

Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica Argentina

SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN GENERAL AL FENÓMENO DE LA IGUALDAD DE RANGO HIPOTECARIO.
- II. LA IGUALDAD DE RANGO SUBJETIVA:
 - A) LA IGUALDAD SUBJETIVA DE CARÁCTER ORIGINARIO: LA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO A FAVOR DE UNA PLURALIDAD DE TITULARES:
 1. *La cotitularidad en la hipoteca.*
 2. *La parciariedad en el crédito hipotecario como supuesto generador de la igualdad subjetiva originaria.*
 - B) LA IGUALDAD SUBJETIVA DE CARÁCTER SOBREVENIDO: LA PLURALIDAD DE TITULARES EN EL DERECHO INSCRITO INICIALMENTE A FAVOR DE UNA ÚNICA PERSONA:
 1. *La cesión parcial del crédito hipotecario:*
 - a) La igualdad de rango resultante de la cesión de parte de un crédito hipotecario.
 - b) Supuestos especiales de cesión parcial del crédito hipotecario:
 - a') La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador:
 - a'') Las especialidades en cuanto a la cesión de esta clase de hipotecas.
 - b'') La unidad de la hipoteca en garantía de una pluralidad de títulos: la igualdad de rango derivada.
 - b') La cesión del crédito en el mercado secundario. Las participaciones hipotecarias:
 - a'') Introducción al mercado de títulos hipotecarios español.
 - b'') La calificación de la participación hipotecaria como cesión parcial del crédito.
 - c'') La igualdad de rango entre los partícipes.

2. *La subrogación parcial en el crédito hipotecario. Efectos del artículo 1.213 CC en el ámbito registral.*
3. *La comunidad hereditaria sobre el derecho inscrito.*

III. LA IGUALDAD DE RANGO OBJETIVA:

- A) ASPECTOS GENERALES.
- B) EL ÁMBITO DE LA RESERVA LEGAL CONCURRENTE:
 1. *Planteamiento.*
 2. *Las anotaciones sobre bienes adjudicados para el pago de deudas:*
 - a) La adjudicación para pago del artículo 45 LH.
 - b) La viabilidad de la reserva de rango a favor de los acreedores de la adjudicación.
 - c) Los efectos de la reserva: la igualdad de rango entre los acreedores anotados en plazo.
 3. *Las anotaciones de legado de género o cantidad:*
 - a) La protección registral del legado.
 - b) Impugnación de la reserva legal de rango para las anotaciones de legado genérico. Su consideración como hipoteca legal tácita.
 - c) La discutible igualdad de rango entre legatarios.
- C) LA IGUALDAD OBJETIVA EN LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA.

IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EJECUTIVA Y SUS CONSECUENCIAS:

- A) LAS OPCIONES DEL LEGISLADOR PARA DISOLVER LA IGUALDAD DE RANGO CON MOTIVO DE LA EJECUCIÓN AUTÓNOMA DE UNO DE LOS TITULARES:
 1. *Asimilación de los titulares de igual rango a los de cargas posteriores.*
 2. *Equiparación de los titulares de igual rango a los de cargas anteriores.*
 3. *El sistema mixto a elección del ejecutante.*
- B) EL MODELO SEGUIDO EN EL ARTÍCULO 227 RH.
- C) LA DEROGACIÓN VOLUNTARIA DEL PRECEPTO.

I. APROXIMACIÓN GENERAL AL FENÓMENO DE LA IGUALDAD DE RANGO HIPOTECARIO

Existe igualdad de rango cuando varios derechos o titulares se encuentran inscritos en el mismo puesto registral. Bien mirado, el hecho de que varios títulos no guarden preferencia entre sí supone una excepción a las pautas conocidas del principio de prioridad. Si el rango viene marcado por el justo momento de acceso al Registro, sólo cabría imaginar un único supuesto en el que estuviera compartido: el provocado por la presentación simultánea de escrituras (1). Según este planteamiento, la igualdad de rango sería un absur-

(1) Para cuya solución el ordenamiento habría prescindido, curiosamente, de equiparar a los distintos presentantes (cfr. art. 422 RH).

do difícilmente compaginable con las bases del sistema. Como declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de marzo de 1947, entrando a resolver sobre la corrección de la ejecución individual por la parte que respecto al crédito hipotecario le correspondía a uno de sus titulares, estaríamos ante una contingencia irrealizable, pues «siguiendo con inexcusable rigor el principio *potior tempore prior jure*, se exige forzosamente la consignación de la fecha, incluso con la determinación horaria de cada inscripción, atribuyéndose por ello un orden y rango definido que facilita el movimiento normal del mecanismo procesal hipotecario, haciendo imposible, siempre con obediencia al principio de indivisión y con la excepción de las hipotecas constituidas en garantía de títulos o de obligaciones que por su peculiaridad tienen un especial régimen marcado por la Ley, que en modo alguno puede generalizarse, que concurran en un procedimiento gravámenes de igual rango o derecho».

No obstante estas reticencias, la igualdad de rango es una situación que se aprecia con relativa frecuencia, y no sólo en relación con esos títulos transmisibles por endoso o al portador a los que se refería el Supremo. Piénsese, así, en la contratación mercantil a gran escala, donde se configura como un instrumento de crédito para las grandes compañías, en cuya virtud se aseguran recibir nuevas cantidades de una entidad financiera a la que le resulta muy conveniente conservar el primer rango que garantiza una entrega anterior ya efectuada. De idéntica forma se comporta en el mundo de la construcción, en el cual, siendo posible que los capitales invertidos no cubran el presupuesto inicial marcado, se suele prevenir la financiación complementaria del promotor y que la hipoteca, de cuyo reintegro responda, comparta rango con la del primer préstamo.

Pero junto a las hipótesis señaladas, que no dejan de representar un negocio sobre el rango propio de quien primero hubiera ingresado su título, el dato que obliga a considerar la igualdad de rango como una incidencia medianamente normal dentro de las relaciones jurídicas inscritas en el Registro es la fórmula que para ella dispensa, desde el año 1947, el artículo 227 RH; se trata éste de un precepto cuya lógica fuerza a entender sobreviviente a la sustitución del procedimiento judicial sumario por el hoy desarrollado en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuerpo donde no se contiene previsión alguna por el estilo (2).

(2) En esta dirección, en la sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de junio de 2004, se expone lo siguiente: «aunque la igualdad de rango carece de específica regulación en nuestro Derecho, salvo el citado artículo 227 RH, no se observa, en principio, cuál sea la razón que determine un tratamiento diferente al de los negocios a los que se acaba de hacer mención [a saber, los de posposición, permuta o reserva de rango], preconizando la doctrina la aplicación analógica de las normas que regulan la posposición. Ello, claro está, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros, precisándose, por supuesto, el consentimiento de los titulares de las hipotecas o

Concretamente, cuando el artículo 227 RH dispone la subsistencia a la ejecución de las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor, estaría reconociendo la regularidad de la igualdad de rango para nuestro Derecho (3); y más, teniendo en cuenta que la interpretación común de la norma pasa por calificar como titulares simultáneos a los cotitulares o partícipes del derecho ejecutado. De esta manera, la igualdad comprendería todos los casos en los que una pluralidad de personas comparta, no ya el rango, sino la titularidad del derecho inscrito. Se perfila una eventualidad admitida hasta en sede tributaria, donde la base imponible de la «igualación en el rango» a los efectos del gravamen por Actos Jurídicos Documentados, se ha de determinar —lo cual suena bastante extraño— «por el total importe de la responsabilidad correspondiente al derecho de garantía establecido en primer lugar», según el novedoso marco de la Ley 53/2002 (4).

La advertencia efectuada sobre la contrastada viabilidad legal de la igualdad de rango no debe hacernos perder de vista su originalidad en un contexto caracterizado por la graduación de los títulos conforme se van inscribiendo. Repárese, por un momento, en el convenio que la consigne en comparación con el resto de negocios sobre el rango hipotecario. Sería el único que no generara ese doble y recíproco movimiento de posposición y anteposición, de adelanto y retroceso, entre los derechos participantes. DE LA RICA advertía que donde había uno que avanzaba, siempre había otro que retrocedía (5). Sin embargo, aquí, sólo uno de los implicados va a transitar por el Registro, permaneciendo el otro en completa inactividad. Cuestión distinta será que ambos conserven o mejoren las expectativas que tenían antes del cambio, lo

anotaciones intermedias, si existiesen, que pudieran resultar afectados por ese pacto». Y agrega más adelante que si bien el artículo 227 RH es cierto que tiene un predominante alcance procesal, previendo cuál sea la solución a seguir, considerando preferentes las cargas del mismo rango, ello al mismo tiempo «viene a suponer un explícito reconocimiento de la posibilidad de que existan gravámenes con igualdad de rango sin que ello obste a esos principios de determinación y especialidad, y sin que se observe la razón para que merezca un tratamiento diferente esa igualdad cuando está establecida desde el inicio, en el momento de la constitución de las cargas, y cuando tiene su origen en un pacto, siempre y cuando, se insiste, se respeten los presupuestos necesarios para su validez».

(3) Sin hacer expresa alusión al artículo 227 RH y cimentar todo su análisis en el carácter negociable que para el rango hipotecario surge del artículo 241 RH, *vid.*, no obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 2003.

(4) Con motivo de la reforma, *vid.* MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, «Tributación de la igualación de rangos», en *RCDI*, núm. 679 (2003), pág. 2841 y sigs., estudio al que sobre los aspectos tributarios de la figura se remite; consúltense también, las Sentencias de las respectivas Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de Cataluña, de 23 de diciembre de 2004 y 16 de marzo de 2006, y de las Islas Canarias, de 14 de junio de 2006.

(5) Cfr. «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», en *Libro-Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 427, nota 18.

cual obviamente no sucede, pues el titular originariamente de mejor rango se expone, si se anticipa en la ejecución, a su postergación inmediata (6).

Con abstracción del supuesto particularmente contemplado, la igualdad de rango refleja toda su especialidad, con motivo de la extinción, por causas voluntarias, de alguno de los títulos que la disfrutaban. Es, entonces, cuando el rango se comprime en torno a los derechos aún vigentes, sin que los titulares posteriores vengan a ocupar el espacio dejado por el derecho cancelado. No nos encontraríamos ante una derogación de la regla del corrimiento escalonado promovido por el sistema de rango progresivo de la legislación, sino ante su adaptación a las circunstancias del caso. Como se ha dicho en este punto, «el principio de rango de avance potencial, que habilita a los hipotecarios de grados posteriores para ocupar automáticamente los rangos preferentes que hubieran quedado vacíos, se refleja también en las hipotecas concurrentes, ya que al sobrevenir la extinción de hipotecas constituidas en el mismo grado, la o las restantes se extienden automáticamente, como una suerte de «expansión lateral», para cubrir los lugares dejados por las hipotecas de igual grado, en el sentido de que en el futuro no deberán soportar esa coparticipación de rango» (7). Sólo si se cancelara el conjunto de los derechos que ostentaran un determinado puesto en el Registro, cabría su aprovechamiento por el titular situado detrás.

Para clasificar los distintos supuestos de igualdad de rango que en la práctica pueden darse, convendría atender al fundamento, alcance o momento de aparición de cada uno. Por lo que se refiere a su fundamento, éste puede residir en la Ley o en la libre voluntad de los interesados. En muchos sistemas, la igualdad tiene un origen legal cuando acceden a un mismo tiempo dos derechos no excluyentes. En tales casos, la aplicación estricta de la regla, en cuya virtud la prioridad viene determinada por el momento de presentación, no conduce a solución distinta. De otro lado, la igualdad puede ser un efecto registral libremente querido por los particulares. Esto ocurre si se formalizan varias hipotecas sobre una finca y sus titulares la acuerdan.

En el Derecho español, la igualdad se fundamenta raramente en la Ley. En este sentido, nuestro sistema ha prescindido del criterio de atribuir el mismo rango a los derechos ingresados contemporáneamente, como sucede en los ordenamientos más próximos. Tan sólo ha optado por asignar directamente esa condición en relación con la adjudicación de inmuebles para pago de deudas contraídas contra una masa universal de bienes. Se trataría de la

(6) Así, la nota común de todos los negocios jurídicos sobre el rango no radicaría tanto en los ostensibles ascensos y descensos de los respectivos titulares sino en el perjuicio que implicara para quien hubiera empezado siendo de mejor rango.

(7) ALTERINI, «Rango hipotecario: reserva, permuta, posposición, coparticipación», en *Revista del Notariado* (Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Argentina), núm. 720 (1971), pág. 2043, nota 159.

reserva de rango establecida por el artículo 45 LH en beneficio de los acreedores para cuyo pago se hubieran adjudicado los bienes.

Indirectamente, desde que se prevé por el artículo 227 RH la igualdad de rango entre cotitulares, el hecho de convenir la constitución de un derecho a favor de más de una persona, o la cesión parcial del que ya estuviera inscrito, provocaría la aplicación del precepto, por lo que se puede decir que también aquí la igualdad de rango tendría una base legal. Sin embargo, en estos casos, pesa más el sustrato negocial de la operación que la voluntad del legislador; en otras palabras, a la igualdad no se llegaría por cumplirse el exacto supuesto descrito en la Ley, sino por haber visto la luz ese mismo supuesto a raíz de un negocio o acto libremente asumido por los particulares.

Según su alcance, la igualdad puede ser objetiva o subjetiva. Con terminología distinta, GARCÍA GARCÍA distingue entre una igualdad absoluta y otra relativa (8). La igualdad absoluta «sólo cabría a través de la conexión resultante de la comunidad de derechos, articulando incluso una forma de ejecución conjunta, con reparto del dinero obtenido entre todos los interesados conforme a la proporción de su derecho». La igualdad relativa partiría de la existencia de dos derechos o hipotecas diferentes en garantía de créditos diferentes cuyos titulares hubieran pactado compartir una misma posición en el Registro.

Sobre esta clasificación, en principio parecería poco apropiado hablar de igualdad en referencia al régimen de los cotitulares de un único derecho inscrito; ante una hipoteca en régimen de cotitularidad «sería grotesco decir que tiene el “mismo rango” que ella misma» (9). Sin embargo, la corrección de la expresión queda despejada si se tiene en cuenta que el artículo 227 RH permite la ejecución separada de cualquiera de los acreedores y que esa ejecución dejará a salvo, a modo de cargas o gravámenes independientes de rango superior, la parte correspondiente a los demás acreedores. En cualquier caso, en este trabajo, utilizaré con preferencia a los de igualdad absoluta y relativa, los conceptos de igualdad subjetiva y objetiva, los cuales, creo, describen más fácilmente la situación de la que en cada momento me iré ocupando.

Por último, habría de atenderse al momento en que surgiera el rango compartido para valorar una igualdad originaria frente a otra de carácter sobrevenido. El propio artículo 227 RH consagra esta distinción, al equiparar las cargas y gravámenes simultáneos con los de igual rango. Con ello implícitamente se admite la coparticipación en el rango entre derechos inscritos en distintas fechas. También la doctrina ha mantenido este criterio de clasifica-

(8) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 736.

(9) MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «La hipoteca simultánea», en *RGD*, núm. 403 (1978), pág. 325.

ción. Aún más, durante mucho tiempo ha habido quienes identificaran simultaneidad con igualdad en el rango. Así Jerónimo GONZÁLEZ, cuando se percataba de que nuestro sistema albergaba «el supuesto de derechos simultáneos (igual rango) por la cesión, sin fijar prioridad, de parte de un crédito hipotecario» (10); o SANZ, quien advertía que el *rango simultáneo* se producía inicialmente, por constituirse en esta forma los derechos, o con posterioridad, por ejemplo, en el caso de cesión parcial de un crédito hipotecario (11). En la doctrina extranjera, por su parte, destaca MOLINARIO que, comentando el artículo 19 de la Ley registral argentina, donde se reconoce expresamente el convenio sobre la igualdad de rango, estimaba que la posibilidad contemplada en la norma se había dado siempre respecto de cualquier derecho real susceptible de cotitularidad de existir «la necesidad de obtener créditos de distintas personas, en forma simultánea» (12).

Hoy por hoy, la distinción acerca de la igualdad de rango, según el tiempo en que ésta se materialice, tiene gran importancia práctica en atención a la más que segura previsión que de ella hubieran tenido los particulares (13). Sólo la igualdad originaria posibilitaría el completo conocimiento por parte de todos los implicados —los titulares del gravamen, pero también el dueño de la finca a la que afectara—, de a qué habrían de atenerse en cuanto al ejercicio y protección de sus derechos. La cuestión es especialmente interesante en relación con los variados supuestos en los que la igualdad tiene una configuración subjetiva. En efecto, la transmisión de una parte o una cuota del derecho inscrito o la sucesión *mortis causa* en su titularidad por una pluralidad de personas, ha de provocar un cierto grado de incertidumbre respecto al régimen aplicable a una relación registral cuyo tratamiento hasta ese momento era uniforme. ¿Cómo habría de distribuirse entre los distintos titulares las facultades que antes correspondían a un solo sujeto? ¿Habrían de actuar conjuntamente o podrían dirigirse individualmente contra el deudor? Son interrogantes que reflejan con claridad la complejidad de la situación expuesta.

(10) «Matemáticas o Derecho. El principio de prioridad», en *RCDI*, núm. 21 (1926), pág. 650. *Vid.*, también, ROCES, «Derecho Inmobiliario» (Síntesis del curso sobre la materia dado por Jerónimo GONZÁLEZ en la Facultad de Derecho de la Universidad Central), en *RDP*, núm. 90 (1921), pág. 85.

(11) Cfr. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Reus, Madrid, 1953, pág. 51.

(12) «De la pretendida e inexistente hipoteca abierta en el Derecho Positivo argentino», en *Jurisprudencia Argentina (Doctrina)*, 1972, pág. 9.

(13) Cfr. VERDERA SERVER, *La hipoteca a favor de dos o más acreedores. Cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 47 y sigs.

II. LA IGUALDAD DE RANGO SUBJETIVA

A) LA IGUALDAD SUBJETIVA DE CARÁCTER ORIGINARIO: LA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO A FAVOR DE UNA PLURALIDAD DE TITULARES

1. *La cotitularidad en la hipoteca*

De modo originario, la igualdad de rango subjetiva surge cuando entra en el Registro un derecho cuya titularidad corresponde a varias personas. Ahora bien, en no todas las ocasiones de participación sobre el derecho inscrito puede decirse que sus respectivos titulares tienen idéntico rango. Esto sólo ocurre si el derecho en comunidad incorpora la posibilidad de una ulterior realización forzosa y separada de la parte perteneciente a cada uno de sus titulares, circunstancia que generaría la anteposición automática de la parte de quienes no hubieran concurrido a la ejecución. El paradigma lo constituye la hipoteca.

La ejecución parcial de la hipoteca resulta posible por la divisibilidad del crédito que garantiza. La hipoteca accede al crédito, siendo lógico que las reglas de la pluralidad crediticia repercutan sobre ella. De esta manera, cabría hablar de una hipoteca en régimen de solidaridad, mancomunidad o parcialidad (14).

Un crédito es solidario si cualquiera de los acreedores está legitimado o cualquiera de los deudores está obligado respecto a la total prestación debida (cfr. art. 1.137 CC). En el primer caso, el de la solidaridad activa, nada obsta a que su cumplimiento se asegure mediante hipoteca. Para ello, no se precisaría determinar la cuota que hubiera de ostentar cada acreedor sobre ella, según ordena hacer el artículo 54 RH, pues, como ha resaltado la Dirección General, la exigencia de esa medida contravendría la propia esencia de la solidaridad, en cuya virtud uno sólo de los acreedores gozaría de la facultad de reclamar y recibir el objeto íntegro de la obligación, haciendo posible la cancelación de la hipoteca, aun cuando quedaran a salvo las acciones que

(14) Frente a esta tesis, hoy admitida por la mayoría de la doctrina y, lo que es más importante, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, se han alzado algunos destacados autores en el entendimiento de que la hipoteca, aun accesoria del crédito, no debe verse arrastrada por las reglas que disciplinan la pluralidad de acreedores (cfr. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, pág. 484; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, II, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 399). En la materia, se ha señalado que la hipoteca con varios titulares se configura como una comunidad sobre un bien de carácter indivisible, cuyo ejercicio depende siempre de la actuación conjunta de todos, o de que, al menos, quien de ellos actúe lo haga en beneficio de los demás. Véase, también, la aportación de NÚÑEZ IGLESIAS, para quien el artículo 227 RH no puede excluir las reglas de la comunidad establecidas en el Código (cfr. *Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 242-243).

frente a él, y conforme a las relaciones internas que existieran entre los acreedores, correspondieran a los demás (15).

En segundo lugar, se denomina crédito mancomunado en sentido estricto, o en mano común, a aquel para cuyo ejercicio se necesita la intervención de la colectividad de acreedores. Aquí se produce el fenómeno inverso a la solidaridad: para reclamar válidamente, sus titulares deben ponerse de acuerdo y actuar en conjunto. Debe reconocerse, empero, que no es ésta la conclusión a la que se llega tras la lectura del artículo 1.139 CC. Si, como el precepto establece en referencia a los créditos de tipo indivisible, «sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos», será factible la implementación aislada de las facultades integrantes del patrimonio común siempre que redunde en beneficio de la masa de acreedores (16). Esta interpretación se muestra irreprochable. Sin embargo, cuando el crédito se encuentre amparado por una hipoteca, debe corregirse en atención a la absoluta seguridad y certeza que se demanda en este ámbito, donde no cabe dudar sobre el carácter perjudicial o beneficioso de un determinado acto en relación con los intereses de la comunidad (17). Por tal motivo, no parece que fuera esencial, al igual que sucede con los créditos solidarios, la constancia registral de la concreta cuota de cada acreedor, pues ninguno de ellos podría accionar respecto a ella con independencia del resto (18).

Por último, un crédito es parciario, o mancomunado simple, si «el derecho a la prestación se descompone o se fragmenta en varios derechos de crédito independientes, que recaen cada uno de ellos sobre una parte de la prestación inicial, atribuyendo un derecho subjetivo independiente a cada uno

(15) Cfr. Resolución de 15 de febrero de 2000.

(16) Cfr., entre otros muchos autores, GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios a los artículos 1.137 y sigs.», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-2.º, Edersa, Madrid, 1983, pág. 207 y sigs.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993, págs. 183-184; CRISTÓBAL MONTES, *Las obligaciones indivisibles*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 129 y sigs.

(17) Cfr., de esta opinión, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 662; AZPITARTE CAMY, «Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios», en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 362; VERDERA SERVER, *La hipoteca...*, cit., pág. 77.

(18) Esta fue la tesis adoptada para un caso ciertamente similar en la Resolución de 23 de julio de 1999. Se trataba de una compraventa a favor de un matrimonio de ingleses, cuyo régimen económico familiar era el legal supletorio de separación de bienes. Solicitada su inscripción, el Registrador la rechaza al entender infringido el tenor del artículo 1.145 CC —«Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente»— que impondría la determinación de la cuota que habría de adquirir cada cónyuge. La Dirección General declaró que en todo negocio jurídico la regla de organización primaria emana del poder autorregulatorio de los particulares, y que, siendo esto así, era posible que se pactara una indivisibilidad de orden convencional, bien expresa bien implícitamente, como había sucedido en el supuesto rebatido.

de los sujetos» (19). Cada acreedor parciario puede disponer y reclamar su parte del crédito autónomamente. En su consideración, se requiere la distribución del crédito entre todos sus titulares. Para cuando los interesados no lo hubieran hecho de propia mano, el artículo 1.138 CC establece la presunción de división del crédito o de la deuda en tantas partes como acreedores o deudores hubiera. No obstante, tratándose de un crédito con garantía hipotecaria, la Dirección General ha cuestionado el funcionamiento registral de esta presunción, prescribiendo la necesidad de expresar en el asiento, de forma precisa, la inequívoca participación de cada acreedor (20).

2. *La parciariedad en el crédito hipotecario como supuesto generador de la igualdad subjetiva originaria*

Si, como se ha advertido, la igualdad de rango subjetiva surge *ab initio* cuando se ejecuta parcialmente un derecho que está inscrito a favor de varias personas, se deduce, conforme a las notas recién apuntadas, que el supuesto común está representado por el crédito hipotecario de orden parciario. En efecto, la ejecución separada de la parte correspondiente a uno de los acreedores se admite sin problemas por el juego de esta modalidad subjetiva, la cual permite la actuación autónoma de cada cuota. Es más, podría decirse que, salvo que los interesados se pronuncien expresa o implícitamente por la solidaridad o mancomunidad estricta, siempre que se formalizara una hipoteca con varios acreedores, aparecería la figura del rango compartido (21). A esta afirmación coadyuvan dos importantes factores. Primero, que ante el silencio en la materia, el artículo 1.137 CC establece como régimen general para disciplinar sus relaciones el de la mancomunidad simple. Segundo, que, dada la cuantificación pecuniaria que de la obligación garantizada por hipoteca exige el artículo 12 LH, el crédito tendrá, en todo caso, la condición de divisible y ello aunque asegure la satisfacción de una prestación que no lo sea (22).

En la actualidad, se ha de advertir que la parciariedad se ha revitalizado al amparo de los llamados créditos sindicados, instituto en cuya virtud

(19) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 180.

(20) Cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999.

(21) También conviene referir, con ORTI VALLEJO (cfr. *Garantías de los títulos del mercado hipotecario*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 144-145), la posibilidad remota, pero no enteramente descartable, de un crédito en régimen de solidaridad con distribución de cuotas. En tal caso, la ejecución instada por uno de los acreedores podría tener un objeto alternativo: o la totalidad de la prestación asegurada o la parte que le perteneciera.

(22) Sostiene CAMY (cfr. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 532) que el crédito garantizado con hipoteca nunca puede ser en mano común, esto es, indivisible, ya que para su constitución la responsabilidad ha de fijarse inexcusablemente en metálico. Sin embargo, y aunque en la práctica resulte algo poco habitual, la hipoteca en mano común se dará siempre que así se conviniera.

distintas entidades financieras se agrupan para conceder a grandes empresas un préstamo de elevado monto, repartiendo entre sí los riesgos de la operación (23). Siendo importante la envergadura económica de esta fórmula, no es, desde luego, el dato que la singulariza jurídicamente, sino el modo en que las entidades diseñan la administración y el ejercicio de sus créditos. En el sindicado, cada Banco ostenta la titularidad de un crédito autónomo, el cual confluye con el de los demás en un sistema de gestión única libremente pactado. Aparece, así, el llamado Banco Agente, que velará por el estricto cumplimiento de lo acordado, asumiendo las facultades que corresponden a los distintos titulares. El Banco Agente suele ser una de las entidades prestamistas, aunque nada impide que sea otra distinta.

Normalmente, el sindicato bancario se instrumenta en un contrato de apertura de crédito, en el cual los Bancos acreditantes se obligan a poner a disposición del cliente-acreditado hasta una cierta suma. Sin embargo, la práctica no excluye otras modalidades. Tal es el caso del préstamo sindicado, del «crédito subasta» y del «crédito subastable o subastado». En el primero, los Bancos hacen entrega del principal de la obligación, sin atender a futuras disponibilidades por parte del acreditado. Por su parte, el «crédito subasta» puede definirse como el contrato de apertura de crédito en el que se fija, con carácter previo a cada disposición, un procedimiento de subasta para la adquisición de la titularidad de las cuotas del crédito; si al término de la subasta, las cuotas adjudicadas no cubrieran la integridad de la disposición solicitada por el acreditado, las entidades organizadoras, denominadas aseguradoras, se harían responsables de la diferencia (24). De modo similar, el «crédito subastable o subastado» supone aquella apertura de crédito para cuya formalización no se ha fijado entidad aseguradora alguna, quedando la determinación de las partes acreditantes a resultas de la subasta que, también antes de cada disposición, se celebrara (25).

(23) Sobre los préstamos sindicados, en general, pueden consultarse las siguientes obras: GÓMEZ-REY, *Créditos y préstamos internacionales*, del Foro, Madrid, 1982; DE GISPERT PASTOR, *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, Bosch, Barcelona, 1986; AURIOLAS MARTÍN, *Créditos sindicados con interés variable*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Los préstamos y créditos sindicados con interés variable», en ALONSO UREBA, BONARDELL LENZANO y GARCÍA VILLAVERDE (Coor.), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 487 y sigs.; AMESTI MENDIZÁBAL, en «El contrato de crédito sindicado y el crédito subasta», en GARCÍA VILLAVERDE (Dir.), *Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 225 y sigs.; FERRE MOLTÓ, «Operaciones bancarias sindicadas», en NIETO CAROL (Dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 597 y sigs.

(24) Cfr. FLAQUER RIUFORT, *El contrato de crédito subasta*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 80 y sigs.

(25) Cfr. AMESTI MENDIZÁBAL, *ob. cit.*, págs. 234-235; FERRE MOLTÓ, *ob. cit.*, pág. 615.

En cuanto a su calificación, el crédito sindicado tiene carácter mancomunado *ex* artículo 1.138 CC, dado que cada acreedor mantiene una posición perfectamente diferenciada respecto de los demás (26). El hecho de que se unifique la gestión del crédito en el Banco Agente no obsta para ello, al no impedir que cualquiera de los titulares pueda exigir individualmente la realización efectiva de sus derechos. Cuestión distinta será la responsabilidad que, por esa actuación, se contraiga frente al resto (27).

Por supuesto, los créditos sindicados pueden quedar garantizados a través de hipoteca. Sin embargo, resulta algo poco habitual. Los motivos son diversos, desde la cuantía del crédito otorgado hasta su compleja articulación jurídica, pasando por el elevado coste fiscal que tendría su establecimiento. En estos negocios, los acreditantes prefieren imponer garantías o compromisos de tipo personal. Así, surgen toda una serie de cláusulas que tratan de dotar a los acreedores de un marco jurídico favorable frente al impago. La doctrina tilda esas garantías de atípicas porque, siendo propias del Derecho anglosajón, donde naciera el instituto ahora estudiado, no se corresponden con las tradicionalmente reconocidas en nuestro ordenamiento (28). Con todo, si se llegara a convenir la constitución de una hipoteca, carecería de sentido, pactar la igualdad de rango para sus titulares, pues ya la ostentarían por el carácter parciario del crédito.

(26) Reconocen el carácter mancomunado de los créditos sindicados, entre otros, MURO VILLALÓN (cfr. «La hipoteca en garantía de préstamos sindicados», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 188-189); AURIOLES MARTÍN (cfr. *ob. cit.*, pág. 139 y sigs.); DE GISPert PASTOR, (cfr. *ob. cit.*, pág. 45 y sigs.); FLAQUER RIUFORT (cfr. *ob. cit.*, pág. 238 y sigs.); AMESTI MENDIZÁBAL (cfr. *ob. cit.*, págs. 244-245). La mayoría de estos autores destacan la inserción en las escrituras de créditos sindicados de un conjunto de estipulaciones, por el que los Bancos acreditantes excluyen la solidaridad y proclaman la independencia de sus créditos en el contexto global del negocio.

(27) Con todo, se ha de reconocer que la sindicación de créditos ha supuesto en el mercado financiero una alternativa a los esquemas clásicos de organización de la pluralidad de titulares (cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 195). En su funcionamiento, la sindicación anula los inconvenientes de la mancomunidad en sentido estricto, cuando demanda la articulación conjunta del crédito. Aquí será el Banco Agente el que estará autorizado para, en representación de todos los participantes, instar los recursos precisos para la defensa y efectividad del crédito. Igualmente, el pacto de sindicación evita que cualquier acreedor pueda instar la ejecución por la totalidad del crédito, circunstancia esta amparada por el mecanismo de la solidaridad. Por último, y como se ha visto en el texto, la sindicación se aleja de la parciariedad, favoreciendo que los acreedores se abstengan de actuar individualmente.

(28) Cfr. DE GISPert PASTOR, *ob. cit.*, pág. 189 y sigs.; FLAQUER RIUFORT, *ob. cit.*, pág. 301 y sigs. Para hacernos una idea, cabe citar la cláusula de solidaridad o *sharing clause* o, también, la de garantía negativa o *negative pledge*. Por la primera, cada entidad firmante se obliga con las demás a hacerlas partícipes de cualquier cantidad que ingrese del deudor por motivo del contrato; recuérdese que, aun contando con la figura del Banco Agente, el cliente puede dirigirse para efectuar sus abonos a una sola de las entidades acreditantes. Por la *negative pledge*, el cliente se compromete a no constituir, en el futu-

B) LA IGUALDAD SUBJETIVA DE CARÁCTER SOBREVENIDO: LA PLURALIDAD DE TITULARES EN EL DERECHO INSCRITO INICIALMENTE A FAVOR DE UNA ÚNICA PERSONA

1. *La cesión parcial del crédito hipotecario*

a) La igualdad de rango resultante de la cesión de parte de un crédito hipotecario

La cesión parcial del crédito hipotecario está expresamente prevista en los artículos 1.875 CC y 149 LH. Como la total, requiere que se haga en escritura pública, que se dé conocimiento al deudor y que se inscriba en el Registro. Sobre la correcta interpretación de estos requisitos y su distinta incidencia en las dos dimensiones que caracterizan a estos negocios —la personal en relación con el crédito, la real, con respecto al derecho real de hipoteca del cual es accesorio—, se ha debatido mucho hasta la fecha (29). Tampoco me inclinaré aquí por escoger entre alguna de las opiniones vertidas en la materia; mi atención se centrará exclusivamente en las repercusiones registrales de la cesión, una vez inscrita, cuando sólo se hubiera convenido la transmisión de parte del crédito.

El efecto principal de la cesión parcial de un crédito supone que a partir de ese momento habrá de pertenecer en régimen de cotitularidad a cedente y cesionario. Esa cotitularidad se manifestará en el Registro previa determinación, en la escritura de cesión, de la cuota que hubiera de corresponder a cada uno de ellos sobre la totalidad del crédito. Pues bien, una vez inscrita la cesión, se producirá una situación de igualdad de rango muy similar a la derivada de un crédito en mancomunidad simple. Ésta es la principal consecuencia de la cesión, «la división del crédito originario en una pluralidad de créditos, cuyas relaciones recíprocas obedecen a los principios de autonomía —cada uno de ellos seguirá su propia suerte, de acuerdo con las reglas relativas a los créditos parciarios— y de igualdad» (30). Para la cesión parcial rige, entonces, un criterio diverso al vigente para la subrogación parcial por

ro, ningún derecho real de garantía, salvo que contara con la autorización expresa de la mayoría del sindicato; con ello se buscaría preservar la posición de los acreditantes, los cuales se verían desplazados ante una garantía privilegiada respecto a la suya.

(29) *Vid.*, sobre la cuestión, los recientes trabajos de JORDANO FRAGA (*La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Comares, Granada, 1999, pág. 293 y sigs.), y ANDERSON (*La cesión de créditos hipotecarios. Requisitos para la transmisión-adquisición*, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 77 y sigs.), junto con la bibliografía en ambos citada.

(30) PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pág. 1091. En parecido sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, bajo cuyo punto de vista «la transmisión de una parte del crédito determina una cotitularidad sobre el crédito (mancomunidad simple) sometida a distinto régimen según el crédito sea divisible o indivisible. Pero, en todo caso, la hipoteca sigue siendo única: es decir, no se constituyen tantas hipotecas como coacreedores (*ob. cit.*, pág. 443).

pago en el artículo 1.213 CC. Aunque más adelante se tratará de la especial problemática del precepto, basta decir por ahora que, a su tenor, el acreedor originario conservaría preferencia sobre el subrogado en cuanto a la porción del crédito con la que se hubiera quedado (31).

Con todo, cabría plantearse si esta regla no escrita de la igualdad entre cedente y cesionario, traslucida en el Registro como un supuesto de coparticipación de rango por parciariedad, resulta disponible por la voluntad de los interesados. Las dudas se centran en dos aspectos: de un lado, si es posible que se convenga, antes o después de la cesión, un régimen diferente a la mancomunidad; de otro, si los intervinientes en el contrato de cesión tienen la capacidad de fijar un distinto rango para cada una de las partes en que hubiera de fragmentarse el crédito.

Sobre el primero de esos aspectos, hay quien defiende, no ya la viabilidad, sino la conveniencia de que, con motivo de una cesión parcial, se pacte *ex novo* un régimen de solidaridad para el crédito. Se afirma, incluso, que para ello no se necesitaría del consentimiento ni del deudor ni del propietario del objeto hipotecado, dado que «la situación de solidaridad entre acreedores es mucho menos diferente que la situación de mancomunidad simple por cuotas autónomas, y menos traumática para el deudor, que prácticamente, con la unidad de vínculo de la solidaridad, se encuentra como si la cesión del crédito hubiese sido total, aunque con varios acreedores alternativos, donde pueden elegir ellos pero también puede elegir el deudor» (32). Es cierto que, a primera vista, los intereses del deudor no sufrirían un gran menoscabo con la modificación, pues las prestaciones a las que se hubiera obligado podría seguir cumpliéndolas respecto al acreedor originario, como si nada hubiera cambiado. Sin embargo, no creo que ello fuera razón suficiente como para prescindir de su consentimiento. A fin de cuentas, lejos de autorizar al cesionario a reclamar la integridad de la deuda estimada, el ordenamiento parece exigir la participación del obligado para cualquier variación en el elemento subjetivo de la obliga-

(31) Cfr. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Matemáticas...*, cit., pág. 650; PÉREZ Y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, III-1.º, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 253; DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, III, Reus, Madrid, 1960, pág. 297; ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», en *Cien estudios jurídicos del Profesor Doctor Diego Espín Cánovas*, II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 1146; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil*, III, Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 360; NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Comares, Granada, 1988, pág. 52; RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 76 y 155. ESPÍN consideraba que esta diferencia, al estar recogida en algunos ordenamientos (el francés y el español), pero omitida en otros (el italiano), no podía catalogarse como un rasgo definitorio de la subrogación por pago frente a la cesión de créditos.

(32) AZPITARTE CAMY, *ob. cit.*, pág. 377. Ésta parece ser también la postura de VERDERA SERVER (cfr. *La hipoteca...*, cit., págs. 56-57).

ción, a salvo de los cambios de acreedor que expresamente reconoce (cesión, subrogación por pago, transmisiones hereditarias, etc.) (33).

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones suscitadas, la eventual asignación de distinto rango a los derechos de cedente y cesionario, se trata de una hipótesis admitida en su seno por el BGB. Allí, el § 1151 establece, en referencia a la cesión de créditos garantizados con hipoteca, la facultad de modificar la relación de rango entre las «hipotecas parciales» resultantes, sin necesitar del consentimiento del propietario (34). No obstante, dudo mucho que el principio de indivisibilidad de la hipoteca dejara importar una medida análoga en el Derecho español. Aquí, la cesión parcial del crédito no puede provocar en ningún caso la desmembración del derecho real de hipoteca, por lo que resultaría del todo inapropiado calificar la hipoteca de parcial. Como mucho, se reconocería a los interesados la facultad de dar por concluida la relación obligatoria, para de inmediato constituir otras dos perfectamente diferenciadas, cada una de ellas garantizada con una hipoteca de carácter independiente. Sin embargo, para ello contarían con dos importantes inconvenientes: por una parte, precisarían del consentimiento del deudor (y del hipotecante, si no fuera la misma persona); por otra, el rango correspondiente a cada una de las nuevas hipotecas se vería relegado frente al de los acreedores posteriores, quienes, si bien al principio ostentaban peor rango respecto al titular originario, habrían mejorado, como consecuencia de la cancelación de la primitiva hipoteca, su posición en el Registro.

(33) Díez-PICAZO clasifica este tipo de alteración en el régimen jurídico a que está sometida una relación obligatoria dentro de las modificaciones subjetivas de ésta (cfr. *Fundamentos...*, cit., pág. 792).

(34) La exclusión del dueño constituiría una excepción al § 880 BGB, que exige su participación para la permuta del rango entre derechos inscritos sobre su finca. Según NUSSBAUM, el recurso al § 1151 BGB es una costumbre con la que se intenta mejorar las expectativas de colocación de la parte de hipoteca cedida (cfr. *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, ROCES [Trad.], editado por *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1929, pág. 188). No se debe confundir este supuesto con el que se produce cuando una hipoteca se cancela parcialmente. En esta sede, el juego de la hipoteca de propietario haría que el valor correspondiente a la parte cancelada pasara a manos del propietario. Para evitar que esta circunstancia afectara al acreedor que sigue ostentando la garantía por el resto del crédito aun no satisfecho, los §§ 1164 y 1176 BGB disponen que la misma no podrá hacerse valer en su perjuicio.

b) Supuestos especiales de cesión parcial del crédito hipotecario

a') La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador

a'') Las especialidades en cuanto a la cesión de esta clase de hipotecas

La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador constituye una importante excepción a las reglas sobre la cesión del crédito hipotecario. Si para su cesión ordinaria se necesitaba del cumplimiento de los tres requisitos ya mencionados (instrumentación pública, notificación al deudor e inscripción en el Registro), la de esta modalidad concreta de hipoteca incumplirá todos ellos. La razón estriba en la propia naturaleza del crédito garantizado, el cual se haya incorporado a unos documentos, cuya circulación se encuentra enormemente agilizada en aras del tráfico jurídico. Esos documentos reciben la calificación de títulos-valores y pueden ser de muy variados tipos: instrumentos de pago (letras de cambio, cheques, pagarés), acciones u obligaciones societarias, resguardos de depósito, etc.

Aunque no distingue en cuanto al régimen aplicable, la Ley Hipotecaria se refiere a tres categorías distintas de títulos: los nominativos, los endosables y los emitidos al portador. En los primeros consta directamente quién es la persona del titular. En los endosables, en cambio, el acreedor aparece reflejado en el cuerpo del documento, aunque éste puede ordenar, después, que se pague el crédito a quien se vaya señalando en el título. En último lugar, los títulos al portador serían los de más fácil transmisión, pues respecto a ellos se considerará titular a quien ostente su posesión en cada momento.

De lo expuesto, se infiere la consustancial transmisibilidad del crédito incorporado a estos títulos. Se podría afirmar que los mismos nacen para ser cedidos. Siendo así, no resultaría lógico que la hipoteca constituida para asegurar su reintegro lastrara con la rigidez de sus normas la movilidad predicable para esta clase de títulos. De ahí, que el artículo 150 LH derogue las condiciones previstas con carácter general y advierta que «el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro».

b'') La unidad de la hipoteca en garantía de una pluralidad de títulos: la igualdad de rango derivada

El artículo 155 LH detalla las especialidades del ejercicio de la acción hipotecaria derivada de títulos nominativos o al portador. En el segundo de sus párrafos dispone que en el caso de existir otros títulos con igual derecho

que el ejecutado, «habrá de verificarse la subasta y la venta de las fincas objeto del procedimiento, dejando subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos, y entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga en ellas, sin destinarse a su pago o extinción el precio del remate».

Al amparo de este precepto, se podría sostener la existencia de una hipoteca por cada uno de los títulos, a pesar de que éstos hubieran sido emitidos simultáneamente con un único objeto y causa. Fijémonos en esa referencia que hace a varias hipotecas en relación con los títulos del igual rango. Parece que el legislador hubiera tenido en mente la constitución de tantos gravámenes como títulos, estableciendo entre ellos la paridad de rango. Sin embargo, no sería el esquema más adecuado para catalogar el fenómeno producido por una emisión de obligaciones. En cada emisión se materializa un solo negocio de empréstito de carácter unitario en favor de una pluralidad de acreedores. Así lo demuestra el régimen de las obligaciones diseñado por la Ley de Sociedades Anónimas, para cuya emisión se requiere la constitución de una Asociación de Defensa o Sindicato de Obligacionistas junto con la designación de una persona, denominada Comisario, que concorra al otorgamiento del contrato en nombre de los futuros obligacionistas (cfr. art. 283.2 LSA). Luego, una vez se hayan despachado las obligaciones, el Sindicato será el órgano competente para tomar las decisiones más importantes en cuanto a la gestión y administración de las mismas, pudiendo los particulares actuar separadamente, siempre que con ello no contradijeran los acuerdos adoptados por la Asamblea del Sindicato (cfr. art. 302 LSA). Si como parece mantener la literalidad del artículo 155 LH, se constituyera una hipoteca por obligación, no se comprende muy bien los obstáculos que en cuanto a la defensa individual de sus intereses supondría para el obligacionista la interferencia del Sindicato. Pensemos, sobre todo, en la facultad de ejecutar la garantía hipotecaria, la cual sólo se reconoce al Comisario, previo acuerdo de la Asamblea (cfr. art. 305 LSA).

Por todo ello, la explicación lógica pasa por entender, con ROCA SASTRE, que a través de la masa crediticia, formada por todos los títulos emitidos, se perfila una situación de comunidad, donde cada uno es representativo de una cuota indivisa de un crédito global, cuota con valor patrimonial autónomo cuya disposición por endoso o simple *traditio* corresponde a su respectivo titular (35).

Ahora bien, no todos los títulos a la orden o al portador se emiten en masa y para la obtención de crédito, según hemos visto que ocurre con las obligaciones de una compañía mercantil. También existen los que ven la luz con un menor alcance y con una función, generalmente, de giro o tráfico. En

(35) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-2.º, 1979, pág. 855.

estos casos, la solución apuntada no se muestra tan clara. Es lo que acontece con la letra de cambio.

En efecto, la letra de cambio goza de una abstracción tal que le permite desarrollarse con completa independencia de lo que suceda respecto al negocio en cuyo contexto fue creada. Por el contrario, en las obligaciones, la causa está comprendida en el propio negocio de emisión o suscripción. Cuando fueran giradas varias letras, esa abstracción haría que cada una se hallara emancipada de las demás, por lo que cabría la duda de si nos encontramos ante una hipoteca en cotitularidad o ante tantas hipotecas como titulares.

En un principio, era mayoritaria la opinión a favor de la existencia de una pluralidad de letras cobijadas bajo una sola hipoteca. Se sostenía que la hipoteca podía convenirse por una o varias letras, siendo posible, en este último caso, su constitución única por todas las letras en conjunto o la división de la responsabilidad entre ellas, dando lugar a tantas hipotecas como cambiales. Si la hipoteca se hacía por el conjunto, se daría, entonces, un crédito mancomunado, parcialmente ejecutable, siempre con la subsistencia de la hipoteca en cuanto a las cuotas del total correspondientes a las otras letras no ejecutadas, en su calidad de créditos del mismo rango que los del actor (36).

Esta tesis sería asumida directamente por la Dirección General en su Resolución de 31 de octubre de 1978. En ella, se había pretendido inscribir una hipoteca en caución de veintisiete letras de cambio, resultando que el Registrador había denegado su asiento, entre otros motivos, por estimar que cada cambial formalizaba una obligación esencialmente autónoma, y que, siendo la hipoteca un derecho accesorio de una obligación principal, a cada una debía corresponder su accesorio. El Centro Directivo se opuso a tal planteamiento, refrendado su parecer en la Resolución de 19 de octubre de 1979.

Sin embargo, el reconocimiento de la unidad de estas hipotecas, lejos de resolver los problemas que la expedición de varias letras ocasionara, los acrecentaba. Así, la consideración de una sola hipoteca chocaba frontalmente con el principio de especialidad en la materia, y más cuando eran varias fincas las gravadas. No sería justo para los demás titulares, ni tampoco proporcionado para el deudor, que uno de los tenedores instara para el cobro de su letra la

(36) Así opinaba SAPENA (cfr. «Hipoteca cambiaria», en *RDM*, núm. 52 [1956], págs. 261-262). Por su parte, ROCA SASTRE advertía que en el caso de que la hipoteca se extendiera a varias letras «escalonadas» de un mismo deudor cambiario, no resultarían constituidas tantas hipotecas como letras (cfr. «Variaciones sobre la hipoteca cambiaria», en JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, *Centenario de la Ley del Notariado*, 3.ª-I, Reus, Madrid, 1962, pág. 257). CANO FERNÁNDEZ se pronunciaba en igual sentido, después de diferenciar según las letras se hubieran girado a favor de uno o varios tomadores (cfr. «La hipoteca cambiaria», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pág. 599 y sigs.).

ejecución de todas las fincas (37). De ahí que algunos autores manifestaran sus reparos a esta interpretación (38). Y estas críticas serían las que casi dos décadas más tarde llevarían a la Dirección General a reconsiderar su postura anterior, concretamente en la Resolución de 18 de diciembre de 1996.

En tal pronunciamiento, la Dirección vendrá a distinguir entre la cobertura hipotecaria de una emisión de obligaciones, donde cada obligación constituye una fracción en armonía con la unidad global y la que tiene por objeto diversos títulos llamados a desenvolverse jurídicamente con plena autonomía e independencia, supuesto que ya no es «el de constitución de una hipoteca única sobre varias fincas en garantía de un único crédito, sino el de constitución, en un solo acto, de una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados, de manera que por imperativo del principio de especialidad (cfr. arts. 9 LH y 51 RH), y en aplicación del criterio de proporcionalidad de la garantía respecto de la obligación exigida, que subyace en los artículos 119 y siguientes LH, se impone la especificación de la concreta finca o fincas que se afectan hipotecariamente a la cobertura de cada cambial».

Por virtud de esta doctrina, entonces, la emisión de títulos transmisibles por endoso al portador dará lugar a un supuesto de igualdad de rango subjetiva respecto a su hipoteca, mientras que la expedición de una pluralidad de letras de cambio, al requerir la distribución entre ellas de la responsabilidad, hará que cada una actúe en representación de una hipoteca independiente, circunstancia de la que se derivará esa misma situación de igualdad de rango, pero, esta vez, de carácter objetivo. En la práctica, la distinción apenas tendrá consecuencias, pues en cualquiera de ambos casos serán aplicables los artículos 155 LH y 227 RH, en cuanto a la subsistencia de los créditos ejecutados.

b') La cesión del crédito en el mercado secundario. Las participaciones hipotecarias

a'') Introducción al mercado de títulos hipotecarios español

Sabido es cómo la doctrina de nuestra postguerra sostenía la conveniencia de movilizar la propiedad inmueble a través de la importación de ciertas instituciones, desarrolladas en los ordenamientos de corte germánico. Entre esas

(37) Como expresamente le permite el artículo 122 LH, cuando establece que «la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido».

(38) Cfr. CAMY SÁNCHEZ-CANETE, «Comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978», en *RDP*, 1979, pág. 103; CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978», en *RCDI*, núm. 540 (1980), pág. 1179 y sigs.; GONZÁLEZ PORRAS, *La hipoteca en garantía de letras de cambio*, Reus, Madrid, 1987, pág. 56 y sigs.

instituciones se encontraba la cédula hipotecaria (39). Pues bien, en plena transición a la democracia, la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario, de 25 de marzo, autorizaría a las entidades financieras para emitir cédulas hipotecarias nominativas, a la orden o al portador. Sin embargo, esta figura, salvo el nombre, poco va a tener que ver con la otrora señalada.

En efecto, mientras que la cédula hipotecaria suiza, por ejemplo, se constituye directamente por el propietario a través de su inscripción en el Registro, incorporándose, luego a un título-valor de transmisión ilimitada (40), la cédula española se configura como un recurso sólo utilizable por quienes figuran como acreedores en los préstamos hipotecarios, que no precisa de registración y que abarca la generalidad de los créditos a cargo de la Entidad emisora (cfr. art. 12 LMH). En realidad, lo que el legislador habría pretendido con su inclusión sería optimizar las inversiones en el sector de la vivienda, extendiendo a todas las entidades financieras, la facultad exclusivamente atribuida hasta ese momento a los Bancos de crédito oficial (41).

Junto a las cédulas, la Ley de 1981 instauró otros dos tipos de obligaciones: los bonos y las participaciones. Al contrario que aquéllas, ambos títulos necesitan concretar los créditos hipotecarios a los que sujetan. A partir de ahí, varían en casi todo. Los bonos tienen, como las cédulas, naturaleza de subhipoteca, pues llevan aparejada la facultad de ejecución para reclamar del emisor el pago, una vez se ha producido su vencimiento (42). Se garantizan

(39) Cfr. DE CASSO ROMERO, «Una moderna estructura para el crédito registral», en *Libro-Homenaje a Don Felipe Clemente de Diego*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1940, pág. 249 y sigs.; ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, III, Bosch, Barcelona, 1941, págs. 574-575; CAMPUZANO Y HORMA, *Legislación Hipotecaria*, II, Reus, Madrid, 1942, págs. 311-312; GARCÍA MARTÍNEZ, *Derecho Hipotecario*, imp. Domenech, Valencia, 1942, pág. 483; VILLARES PICÓ, «Legislación hipotecaria. El crédito territorial y la movilización de la propiedad inmueble», en *RCDI*, núm. 174 (1942), pág. 718.

(40) La cédula hipotecaria (*Schuldbrief* o *cartella ipotecaria*) se regula junto con la renta inmobiliaria en los artículos 842 y sigs. ZGB, y «de igual modo que nuestros títulos endosables o al portador unen el crédito y la garantía al papel, y en su virtud ambos derechos se transfieren con la propiedad del papel mismo» (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, «La hipoteca del propietario», en *RCDI*, núm. 28 [1927], pág. 255). En el Derecho alemán, la cédula se obtiene siempre que se constituye una hipoteca y no medie pacto en contrario (cfr. § 1116 BGB). De este modo, la doctrina distingue entre una hipoteca de Registro y una hipoteca de cédula, según se hubiera o no prescindido de su acreditación (cfr. NUSSBAUM, *ob. cit.*, pág. 73).

(41) Ya la Ley de creación del Banco Hipotecario de España, de 2 de diciembre de 1872, disponía como uno de sus privilegios, el de emitir cédulas hipotecarias. Después, el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, ampliaría la posibilidad a favor del Banco de Crédito a la Construcción.

(42) Tanto los bonos como las cédulas funcionan como una hipoteca de otra hipoteca, figura admitida por el punto 4.º del artículo 107 LH, y denominada por el artículo 175 RH, regla 4.ª, subhipoteca. Sobre el alcance de este derecho, se han mantenido distintas teorías, imponiéndose en la actualidad aquélla que postula por identificar su

a través de una afección registral en el folio de las fincas donde consten publicadas las hipotecas gravadas (cfr. art. 13 LMH) y, para el cobro, sus titulares ostentan la condición de acreedores singularmente privilegiados, siendo preferentes a los de las cédulas (cfr. art. 14 LMH).

Por su parte, las participaciones hipotecarias, que no pueden recaer sobre los créditos afectos a una emisión de bonos ni requieren, normalmente, de publicidad registral, conceden a su titular acción ejecutiva directa y subsidiaria por su respectiva cuantía (cfr. art. 15 LMH). Directa, porque, a diferencia de lo que ocurre con las cédulas y los bonos, su titular está autorizado para instar la ejecución del crédito; subsidiaria, porque podrá hacerlo siempre que la entidad emisora permanezca inactiva ante el incumplimiento.

b") La calificación de la participación hipotecaria como cesión parcial del crédito

La regulación contenida tanto en la Ley del Mercado Hipotecario como en el Reglamento aprobado en su ejecución por el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, y modificado por el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, viene a calificar a las participaciones hipotecarias como una especie de cesión parcial del crédito de carácter especial (43). Así parece admitirlo el artículo 63 RMH, al señalar que «el emisor conservará la custodia y la administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad

objeto específico con el crédito hipotecario en su conjunto y no con una mera subrogación en el ejercicio de la acción hipotecaria. En su mayoría, la doctrina que ha estudiado las especialidades del bono hipotecario mantiene que su normativa viene a confirmar esa concepción acerca de la subhipoteca. En este sentido, se recomienda confrontar los siguientes textos: MADRID PARRA, *El mercado hipotecario (EE.UU.-España)*, Banco Hipotecario, Madrid, 1988, pág. 702 y sigs.; ORTI VALLEJO, *ob. cit.*, pág. 78 y sigs.; ALFÍN MASSOT, «El mercado hipotecario: su estudio desde las perspectivas del Derecho nacional, comparado y comunitario», en DÍAZ FRAILE (Dir.), *Libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras Comunidades internacionales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 735-736.

(43) En la doctrina catalogan la participación hipotecaria de igual manera CHICO Y ORTIZ (cfr. «Aspectos financieros del Derecho real de hipoteca. Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico del inmueble hipotecado y crédito garantizado. La movilización de los créditos hipotecarios», en *Ponencias y Comunicaciones al V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, pág. 115); CASADO BURBANO (cfr. «Un paso más en la movilización de la propiedad inmueble: el mercado hipotecario español», en *Ponencias y Comunicaciones al V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, págs. 189-190); ORTI VALLEJO (cfr. *ob. cit.*, pág. 119) o ALMOGUERA GÓMEZ (cfr. «La cesión masiva de préstamos hipotecarios. La titulación hipotecaria», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-2.º, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, Madrid, 1996, págs. 524-525).

y buen fin del mismo, abonando a los partícipes, incluso en caso de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario por concepto de capital e intereses, de acuerdo con las condiciones de la emisión» (44). Con esta redacción se reconocen dos cosas: de un lado, que la Entidad emisora debe quedarse con una parte del crédito participado, por mínima que sea, ya del capital ya de sus intereses (45); de otro, que el cedente mantendrá la gestión sobre el crédito en su totalidad, con expresa inclusión de la parte distribuida en participaciones. Como manifestación más importante de esta función de representación, sólo él podrá ejercitar la acción hipotecaria de forma inmediata. Por el contrario, su ejercicio por los partícipes sería viable exclusivamente cuando el deudor no asumiera el pago, la Entidad emisora incumpliera sus obligaciones para con ellos y hubieran transcurrido dos meses desde que hubieran compelido a la Entidad para que instara la ejecución.

La administración centralizada en la persona del cedente sería la primera y mayor especialidad de la cesión representada por las participaciones hipotecarias. La segunda consistiría en la derogación de los requisitos establecidos en el artículo 149 LH para la transmisión del crédito hipotecario. En efecto, para ello no se necesita ni de escritura pública, ni de inscripción en el Registro, ni de la previa notificación al deudor. De un lado, el documento público y su inscripción se rechazan por la cualidad de títulos-valores que ostentan las participaciones, cuya circulación exige cuantas menos formalidades (46). De otro, la *denuntiatio* al deudor no se precisa porque resulta imposible que el pago íntegro que haga a la Entidad emisora perjudique al partícipe, quien sabe que habrá de cobrar por interposición de aquélla (47).

(44) Antes de la reforma reglamentaria de 1981, quienes rechazaban que las participaciones hipotecarias se adaptaban al esquema de la cesión de créditos, entendían que la entidad mantenía en cualquier caso la titularidad del crédito (cfr. SÁNCHEZ CALERO, «El mercado de títulos hipotecarios: líneas esenciales de su regulación en España», en *RDBB*, núm. 7 [1982], págs. 588-589; MADRID PARRA, *ob. cit.*, pág. 754 y sigs.). Hoy en día, tras haberse modificado el artículo 61 RMH para denominar como parcial la titularidad ostentada por la entidad emisora, la tesis de la cesión parcial del crédito parece cobrar más fuerza (cfr. ORTI VALLEJO, *ob. cit.*, pág. 119 y sigs.; ALFÍN MASSOT, *ob. cit.*, pág. 744).

(45) No puede obviarse aquí que la literalidad del artículo 15 LHM permite la cesión de todo el crédito hipotecario por la entidad emisora, sin embargo, con ORTI, ha de destacarse que la rentabilidad de la emisión para ella reside en la plusvalía que obtiene por el inferior interés al que se obliga respecto al estipulado en el crédito hipotecario que reparte, de modo que, aun sobre la cuota de intereses, siempre se quede con algo (cfr. *ob. cit.*, pág. 120 y sigs.).

(46) Según el artículo 64.6 RMH, la emisión de participaciones hipotecarias únicamente requerirá de escritura pública y de inscripción en el Registro, cuando se destinen o se prevea su adquisición por el público no especializado, esto es, todas las personas que no tengan la condición de inversionistas institucionales o profesionales.

(47) Cfr. ORTI VALLEJO, *ob. cit.*, págs. 129-130.

c") La igualdad de rango entre los partícipes

Al apuntar las facultades que corresponden a los partícipes, los artículos 15 LMH y 66 RMH, letra b), señalan su concurrencia «en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que éste siga contra el deudor y cobrar del producto del remate a prorrata de su respectiva participación en el crédito ejecutado, y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado y el cedido en la participación cuando éste fuera inferior».

De este modo, se consagra la igualdad de rango para los titulares de las participaciones sobre el mismo crédito hipotecario. La igualdad se circunscribe al plano ejecutivo, reflejándose, en última instancia, como un derecho a cobrar sobre el remate en proporción a la cuantía descrita en el título. Aunque la expresión utilizada por ambos preceptos, ese «concurrir a prorrata en proporción a», resulta en sí misma una *contradictio in terminis*, su correcto significado plasma una regla para la distribución de la cantidad obtenida por la realización forzosa del crédito: la de la proporcionalidad, que se mostrará operativa en los supuestos en los que el importe del remate no cubra el numerario de todas las participaciones concurrentes (48). Poniendo un ejemplo: el capital de un crédito se encuentra participado por A, B y C. La participación de A es de 50, la de B, de 30, y la de C, de 20. Si el remate asciende a los 100 enteros, todos cobrarán la cantidad descrita en sus títulos (49). Si, por el contrario, el remate es inferior y llega tan sólo a 50, A cobrará 25, B, 15, y C, 10.

La regla de la proporcionalidad sólo actúa si el crédito participado se ha ejecutado en su conjunto, esto es, cuando la Entidad emisora, de *motu proprio*, o por haber sido compelida para ello por alguno de los partícipes, ha solicitado la ejecución del crédito. En cambio, en las ocasiones en las que hubiera desoído su petición, y hubieran pasado sesenta días sin que pagara a los partícipes o instara la ejecución, sabemos que cada partícipe goza de legitimación para demandar directamente al deudor. Ahora bien, esta ejecución tendrá un carácter particular, pues se limitará a la cuantía que corresponda al porcentaje de la participación del ejecutante. Así lo dispone la letra c) del artículo 66 RHM, que, además, detalla las consecuencias de la cancelación parcial de la hipoteca que de ese procedimiento resultara. En tal caso, se afirma, «quedarán subsistentes la parte del crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas,

(48) No lo entiende así MADRID PARRA, para quien las normas sobre el mercado hipotecario no ofrecen solución alguna para el supuesto de insuficiencia del remate (cfr. *ob. cit.*, págs. 808-809).

(49) Téngase en cuenta que cada participación ha de reflejar, por mandato del artículo 64 RMH, el porcentaje concreto del que goza su titular sobre el crédito participado.

sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate». Como se ve, esta previsión, que fue incorporada en la modificación reglamentaria de 1991, adopta el mismo criterio que dispone el artículo 155 LH para la ejecución de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles. Aunque antes de la reforma, la respuesta a la ejecución parcial del crédito participado no podía alejarse, en este sentido, de la doctrina acerca del ejercicio individual de la acción hipotecaria plasmada por el artículo 227 RH, se quiso salir al paso de quien proponía, ante la falta de una reseña legal al respecto, la justicia de la enajenación de la finca como libre de cargas, el reparto a prorrata de la totalidad del remate y el depósito de la parte que correspondiera a los titulares del crédito no personados en el juicio (50). A través de esta medida se intentaba favorecer al partícipe ejecutante, que, en otro caso, se vería perjudicado por el inferior valor alcanzado por el inmueble en la subasta.

2. *La subrogación parcial en el crédito hipotecario. Efectos del artículo 1.213 CC en el ámbito registral*

Por la subrogación, una persona sucede al acreedor de una relación obligatoria con motivo de haber realizado el pago de lo que a éste se le debía. No todo el pago tiene la condición de subrogatorio. Sólo lo tendrá el así reconocido, legal o convencionalmente. El Código Civil, en su artículo 1.210, señala, incluso, algunos casos donde debe presumirse el acuerdo al respecto entre los particulares. Así, cuando un acreedor pagara a otro que le fuera preferente, cuando lo hiciera alguien interesado en el cumplimiento de la obligación, o que, sin tener interés, contase con la aprobación expresa o tácita del deudor. Sobre estas presunciones, hay voces que quieren ver en ellas tres supuestos distintos de subrogación legal, caracterizados por prescindir de la voluntad del acreedor originario y la automaticidad de sus efectos (51). Sin embargo, creo que aún hoy en día puede mantenerse su condición presuntiva. En caso contrario, apenas se entendería la subrogación del artículo 1.211 CC, producida a instancia del deudor y sin la participación del acreedor, pues su función se vería cumplida por el pago de un tercero con consentimiento del deudor.

(50) Cfr. MADRID PARRA, *ob. cit.*, págs. 810-811.

(51) En este sentido, se sostiene la superación de una lectura literal del artículo 1.210 CC, al entender que la subrogación habría de operar *ex iure*, una vez hubiera quedado liquidada la deuda respecto del acreedor originario, quien no podría ni siquiera rechazar el ofrecimiento, pues, si así lo hiciera, estaría abusando de un derecho que nunca debe ir más allá de la plena satisfacción de sus intereses económicos (cfr., entre otros, RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 33 y sigs.; DEL OLMO GARCÍA, *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 169 y sigs.).

Pues bien, para la subrogación, el artículo 1.213 CC establece una regla que parece violentar cuanto antes se ha dicho en relación con la cesión del crédito hipotecario. Si en los casos en los que se cedía parcialmente, el cedente y el cesionario estaban llamados a compartir rango, el precepto citado da argumentos para sostener una regla distinta: el mejor rango del primitivo acreedor sobre el que adquiere por subrogación parte del crédito. En concreto, declara: «el acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito» (52).

La norma se justifica por el afán del legislador de proteger al acreedor originario (53). Pero nada impide que éste pueda disponer de sus efectos. Es verdad que en ella no se menciona un eventual pacto en contrario por parte de los interesados, al estilo del artículo 1.205 del *Código* (54), sin embargo, no existen razones para restringir el juego de la autonomía de la voluntad en relación con un título de preferencia que no es de mayor fuerza que cualquier otro. De esta manera, sería posible que los ahora cotitulares, convinieran, antes o después de la subrogación, la preferencia del subrogado, o, también, por qué no, la ausencia de preferencia entre ellos (55).

Dicho cuanto precede, hemos de acercarnos a la incidencia del artículo 1.213 CC en relación con las garantías hipotecarias. Sobre este particular, quizá el más interesante de los que suscita el precepto, la doctrina había permanecido profundamente despreocupada hasta la promulgación de la Ley 2/1994, de 20 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (56). La disposición, nacida para promocionar y simplificar los trámites para que el deudor subrogase en su préstamo a una entidad financie-

(52) Un buen ejemplo de subrogación parcial lo encontramos en el seno del procedimiento de ejecución, donde se recoge la facultad de los titulares de derechos posteriores de subrogarse en la posición del actor, previo pago del crédito, intereses y costas. En esta sede, el artículo 659.3 LEC prevé esa posibilidad al prescribir la subrogación de quien de ellos pagara «hasta donde alcance el importe satisfecho».

(53) Sobre el fundamento del precepto, SCAEVOLA dice que «sería muy duro que la subrogación en parte de un crédito sirviese, no ya para adquirir preferencia sobre el acreedor en cuanto al resto, sino ni siquiera para competir con él en el derecho de reclamar del deudor; pues de esta manera se introduciría un desorden gravísimo, y el derecho de la subrogación concedido al tercero que paga sería un perjuicio positivo para el acreedor» (*Código Civil*, XIX, edición a cargo de MARÍN PÉREZ, Reus, Madrid, 1952, pág. 1119).

(54) El artículo en cuestión se aleja del artículo 1.252 del *Code*, fuente de inspiración de la norma contenida en nuestro Código, imponiendo la paridad de derechos entre el *solvens* y el *accipiens*, «salvo pacto en contrario».

(55) Cfr. COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 209; RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., págs. 151-152.

(56) MANRESA, citado por SANCHO, era uno de los pocos que se refería al supuesto (cfr. «Comentario a los artículos 1.203 y sigs.», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y cols. [Dir.], *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 318).

ra que le ofreciera mejores condiciones que el acreedor con quien lo hubiera contratado, reivindicó una mayor atención hacia aquel precepto (57). Principalmente se ha cuestionado la eventualidad de la subrogación parcial en el contexto de la nueva normativa y las condiciones que se habrían de cumplir para ello (58). Sin embargo, la aproximación más profunda sobre el tema se encuentra fuera de los trabajos exegéticos acerca de la Ley de 1994. Se trata del estudio que AZPITARTE CAMY ha hecho sobre el fenómeno de la cesión parcial y la pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios (59).

El autor comienza advirtiendo la plena aplicación del artículo 1.213 CC en lo que respecta a los créditos hipotecarios. La subrogación parcial en uno de ellos habría de provocar una especie de fragmentación del rango por la cantidad efectivamente abonada (60). En el Registro, la articulación de la subrogación propondría varias alternativas: la constitución del crédito siguiendo las reglas de la mancomunidad, en alguna de sus dos vertientes, o la configuración de los créditos de los acreedores como independientes, con la consiguiente asignación de un rango para cada uno de ellos. En primer lugar, encauzar la preferencia por el régimen de la mancomunidad simple o parciaria, le parece irrealizable, pues el distinto rango que tendría la cuota de cada uno de los acreedores, chocaría directamente con la existencia de una sola hipoteca. También rechaza el sistema de actuación conjunta, o mancomunidad en sentido estricto,

(57) Cfr., por ejemplo, RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA MARTÍNEZ, «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Act.C.*, 1994, t. 4, pág. 798; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RJN*, núm. 16 (1995), pág. 303 y sigs.; RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Comares, Granada, 1998, pág. 312 y sigs.; HERNÁNDEZ MORENO y VIOLA DEMESTRE, «La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (breves notas y aproximación crítica)», en NIETO CAROL (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-2.º, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, Madrid, 1996, pág. 456.

(58) La Ley no prevé una subrogación de tipo parcial, aunque de su regulación podría inferirse su admisión, aun prescindiendo del consentimiento expreso de la entidad originaria. Obsérvese que si ésta no comunica a tiempo a la que estuviera dispuesta a subrogarse la cantidad pendiente de cobro, esta entidad podría hacer directamente su cálculo y depositar la suma resultante ante Notario. Pues bien, cabe la hipótesis de que esa cantidad sea inferior a la realmente debida. En este caso, se dispone la plena eficacia de la subrogación realizada, con la posibilidad de ser, incluso inscrita, en tanto en cuanto el Juez que fuese competente para la ejecución de la hipoteca, y previa instancia de la entidad acreedora originaria, no resolviera otra cosa. Esta interpretación fue justamente asumida en las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995, donde se mantuvo que con esta regulación «los intereses de la acreedora no quedan comprometidos, ya que de no ser exacta dicha declaración cuenta aquélla con la posibilidad que el artículo 1.213 CC reconoce para ejercer su derecho por la cantidad no pagada, con preferencia a la entidad subrogada».

(59) Cfr. *ob. cit.*, pág. 381 y sigs.

(60) Esta opinión era la mantenida por SANCHEZ REBULLIDA que, siguiendo a MANRESA, sostenía el rango preferente del acreedor originario (cfr. *ob. cit.*, pág. 318).

ya que los efectos de la subrogación se verían reducidos a una mera preferencia para el cobro, sin reflejo en el rango de los derechos inscritos (61). De ahí que termine postulando la atribución de un diferente rango para los acreedores, en la convicción que el artículo 1.213 CC supondría una excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca (62).

Esta solución no convence del todo y ello por dos razones. La primera se basa en la eficacia exclusivamente personal del artículo 1.213 CC. El precepto sólo actúa sobre las relaciones entre el acreedor originario y subrogado, por lo que resultaría muy dudoso que pudiera trascender a terceros (63). En este sentido, el carácter personal de la preferencia atribuida al acreedor originario es unánimemente reconocido, bastando acudir a la hipótesis con la que la doctrina suele explicarlo (64). Si en un crédito de 100 a favor de A, se subroga B por 40, A será preferente sobre B; pero, si, luego, otra persona, C, se subroga en los 60 que le quedaban a A, C no sería preferente sobre B, sino que ambos estarían en paridad de condiciones.

La segunda razón atiende a la situación creada por la subrogación parcial, la cual responde a un esquema de cotitularidad en el crédito que incide en su hipoteca, como si el crédito hubiera correspondido desde su origen a ambos titulares (65). La subrogación se anotaría al margen del asiento de la hipo-

(61) La constitución de una comunidad sobre el derecho real de hipoteca, como consecuencia principal de la subrogación parcial en el crédito que garantiza, es la teoría sostenida recientemente por ARNAU RAVENTÓS, quien para la ejecución admite tanto el ejercicio conjunto como el individual, siempre que en el actor ejecutante actúe en beneficio de la comunidad, produciéndose en ambos casos la cancelación de la hipoteca en su totalidad (cfr. «Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 CC», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 727).

(62) Cfr. AZPITARTE CAMY, *ob. cit.*, pág. 409.

(63) En relación con el supuesto afín de la cesión parcial del crédito, PANTALEÓN se refiere a la posibilidad de que «el cedente pacte con el cesionario parcial que el crédito de uno de ellos sea preferente sobre el del otro; pero tal pacto tendrá sólo eficacia en las relaciones internas, y no frente al deudor cedido, salvo que éste haya concurrido o prestado su adhesión al mismo. Si el cedente cede luego a un tercero la parte restante del crédito, tampoco tiene el tercero que dejarse oponer el pacto de prelación, a no ser que haya asumido el correspondiente deber; pero habrá de contar con que el deudor, si ha concurrido a la celebración de dicho pacto, le oponga que debe pagar primero al otro acreedor. El significado del pacto de prelación consiste siempre en el que vinculado por él se obliga frente a su cocontratante a darle preferencia ante una insolvencia insuficiente del deudor, esto es, a colocarle en una posición igual a la de si su crédito fuera de rango preferente» (*ob. cit.*, pág. 1091).

(64) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 318; RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., pág. 152; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 308; CAPILLA RONCERO, Voz «Subrogación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 6383.

(65) De la misma opinión, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, quien estima que la hipoteca constituida inicialmente en garantía se transmite por cuotas a cada uno de los segundos y nuevos acreedores parcialmente subrogados, íntegramente y en su totalidad a cada una de ellas (cfr. *ob. cit.*, pág. 309).

teca, dando noticia de la persona del subrogado y de la cantidad desembolsada, pero carecería de efecto alguno sobre su rango, que sería compartido por ambos acreedores (66). No obstante, como en el Registro estaría señalada la subrogación y la cuota de la hipoteca correspondiente a la suma que para la subrogación hubo de ser entregada, una vez llegara la ejecución de la finca, el Juez de autos podría valorar directamente, a efectos de distribuir el remate obtenido (o el sobrante, cuando se ejecutara una carga de mejor rango), la preferencia para el cobro del acreedor originario. Así, en el ejemplo de antes, donde en el crédito de A, por valor de 100, B se había subrogado por 40, si la finca no diera tras su ejecución más que 90, A cobraría sus 60, pero B sólo 30 (67).

Desde luego, la respuesta ofrecida sólo operaría cuando todos los acreedores hubiesen accionado la ejecución —desde un inicio o por acumulación—, porque, si alguno no lo hubiera hecho, su cuota sobre el crédito quedaría incólume, no pudiéndose cancelar como resultado del proceso. Esto expondría un cierto grado de injusticia para el acreedor originario que se anticipara en la ejecución, pues bastaría con que el subrogado se abstuviera de concurrir para dar al traste con su preferencia. Para estos casos, la alternativa consistiría en facultar al primitivo titular a instar la ejecución de la totalidad del crédito, siempre que acreditara el requerimiento previo a su cotitular y que hubiera transcurrido un margen prudencial de tiempo, por ejemplo, quince días, para que le manifestara su voluntad concurrente de ejecutar. De este modo, el Tribunal tendría suficientes elementos de juicio como para estimar la mala fe del subrogado no ejecutante y admitir la realización efectiva por el total de la deuda, aunque, claro está, en beneficio de ambos (68).

La conservación de un único rango, tras la subrogación, siendo el criterio más apropiado para la que, como la de la Ley de 1994, prescinde del consentimiento del acreedor originario, también podría cuestionarse para ciertos supuestos de subrogación convencional. Imaginemos, como antes decía, que el acreedor inicial y el subrogado pactaran excluir la eficacia típica del artículo 1.213 CC, señalando la plena igualdad de sus participaciones. Al tratarse de un pacto con alcance meramente interno, el Registrador rechazaría

(66) Como dice WOLFF comentando el citado § 1151 BGB, «una vez dividido el crédito, las hipotecas parciales se conservan, en la duda, con el mismo rango. Pero el acreedor, cuya hipoteca se transmite parcialmente a otro en virtud de la ley, es preferente en cuanto a la parte que le queda en la hipoteca sobre el titular de la parte transmitida. Si con la división, o después de ella, debe alterarse la relación legal de rango, no es menester, a diferencia de lo que ocurre conforme al 880.2 BGB, el asentimiento del propietario». (ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *ob. cit.*, III-2.º, págs. 241-242).

(67) COLIN y CAPITANT ponen un ejemplo parecido (cfr. *ob. cit.*, pág. 208).

(68) Tesis defendida para todos los casos, recuérdese, por ARNAU RAVENTÓS, en base al principio de indivisibilidad de la hipoteca y de la comunidad que sobre la hipoteca generaría la subrogación (cfr. *Pago...*, cit., pág. 727).

su inscripción, con lo que la posición del subrogado quedaría bastante desmejorada. Para evitar esto, una primera opción pasaría por renovar la obligación a fin de que cada uno de los acreedores tuviera el mismo rango. Se trataría de sustituirla por otra en la que partieran en igualdad de condiciones (cfr. art. 1.204 CC). Sin embargo, esta hipótesis parece poco imaginable en la práctica, dado que estaríamos ante una novación que seguramente conllevaría, amén de un elevado coste fiscal, la cancelación de la hipoteca accesoria con la consiguiente pérdida de rango para los interesados (69). En realidad, la solución sería mucho más sencilla que todo esto.

En efecto, si se tiene en cuenta que el problema que se intenta resolver sólo surge cuando la subrogación tenga un carácter convencional, y que este tipo de subrogación apenas se distingue de la cesión de créditos, las partes podrían organizar sus intereses ajustándose al modelo de esta última (70). De este modo evitarían la aplicación del artículo 1.213 CC, al no regir para la cesión de créditos una norma equivalente. El siguiente paso estaría dado: excluir del ámbito del precepto a todos los supuestos de subrogación que no fueran legales.

3. *La comunidad hereditaria sobre el derecho inscrito*

Nada impide la subrogación en la totalidad del crédito hipotecario, ni la cesión íntegra del mismo a varias personas. En ambos casos, los nuevos titulares podrían ejercitar la acción hipotecaria separadamente con respecto a su parte del crédito. Ahora interesa otro supuesto, el que se produce en beneficio de una pluralidad de personas con motivo de la transmisión *mortis causa* de un derecho del cual, hasta ese preciso momento, era exclusivo

(69) Así se infiere del artículo 240 RH, el cual declara que «cuando el hecho o convenio entre las partes produzca novación total o parcial del contrato inscrito, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente». Sin embargo, como sostiene PARDO NÚÑEZ, el enunciado de esta norma se vería corregido por el del artículo 1.207 CC, que establece la permanencia de los accesorios del crédito que se hubiera extinguido por sustitución, siempre que no se perjudicara a extraños (cfr. «La sustitución de créditos hipotecarios», en *La Ley*, 1994, t. 2, pág. 960). En efecto, en el caso, difícilmente podría apreciarse perjuicio para los titulares posteriores, si el nuevo crédito tiene la misma causa y reúne idénticas condiciones que el crédito antiguo. Ahora bien, mucho me temo que si esas condiciones fueran ligeramente distintas, el Registrador estaría abocado a rechazar el nuevo crédito. Verdaderamente, la discusión se remite al problema la competencia y los criterios a utilizar, por quien fuera competente, para valorar la correspondencia de condiciones y el eventual perjuicio de los acreedores intermediarios en la permuta.

(70) En cierta medida, este es el punto de vista de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, quien, después de rechazar la subrogación parcial al amparo de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, afirma que si el acreedor llegara a aceptar un pago parcial, lo que se produciría no sería tanto una subrogación en forma negocial como una cesión parcial de crédito («Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622 [1994], pág. 1232).

titular el causante. Si ese derecho constaba inscrito, se origina, entonces, una comunidad hereditaria, cuyos partícipes ostentan el mismo rango.

Acerca de las facultades de los comuneros sobre el bien en proindivisión, la regla básica se encuentra recogida en el artículo 394 CC, donde se dispone que cada uno de ellos «podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». Según se observa, se aplica idéntico criterio al visto en relación con los créditos en mano común. Ahora bien, si el testador hubiera distribuido el derecho, por ejemplo, un préstamo con garantía hipotecaria, entre los distintos herederos o legatarios, no habría problemas en catalogarlo como un crédito parciario, siendo posible, en consecuencia, que cada cual inste la ejecución de forma independiente.

III. LA IGUALDAD DE RANGO OBJETIVA

A) ASPECTOS GENERALES

La igualdad de rango objetiva consiste en la participación de un mismo puesto registral por varios derechos, pertenezcan o no a un mismo titular. Aquí ya no hay una relación jurídica mancomunada o solidaria sino dos o más relaciones yuxtapuestas, con diferente objeto y contenido (plazo, responsabilidad, etc.); lo que se comparte ya no es el derecho inscrito sino su mismo rango. Si se constituye una hipoteca «en la que la parte acreedora es plural, compuesta por varias personas, será siempre una hipoteca que, como tal, gozará del rango que le corresponda. El hecho de compartir rango se da cuando existen dos o más hipotecas, y sus titulares deciden que dichos derechos reales se coloquen juntos en el mismo nivel de rango y lo compartan» (71). Curiosamente, la aplicación del artículo 227 RH a tales supuestos se encuentra mucho más justificada que si se tratara de un derecho en régimen de cotitularidad, hipótesis para cuya ordenación fue ideado. Atendiendo a su contenido, el precepto no hace alusión a la pluralidad de titulares de un derecho inscrito sino a diferentes derechos inscritos. Resulta paradójico que una regla nacida para solventar en la fase ejecutiva la existencia de varios acreedores de una misma hipoteca, se refiera literalmente a «cargas y gravámenes simultáneos o del mismo rango» (72).

(71) DUMON, «Rango hipotecario», en *Ponencias al XI Congreso Nacional de Derecho Registral* (San Carlos de Bariloche, 7 al 9 de octubre de 1999), inédito (s. p.).

(72) Por ello, no debe extrañar que haya quien defienda la inaplicación del precepto a los supuestos de igualdad de rango subjetiva (cfr. LANZAS GALVACHE, «Hipoteca en garantía de obligaciones mancomunadas y solidarias. Hipotecas constituidas por ambos

Sin duda, una de las causas generadoras de este tipo de igualdad es aquel negocio sobre el rango hipotecario que tiene por objeto el establecimiento de una situación de paridad, de igualación según la legislación tributaria, entre varios derechos. Pues bien, cabe advertir que el convenio puede darse tanto antes como después de la inscripción de los derechos implicados (73). Cuando se celebra antes, solemos encontrarnos frente a supuestos de formalización conjunta de dos o más hipotecas donde cada una está completa y singularmente identificada en cuanto a sus elementos esenciales. Aquí resultaría posible que las partes pactaran la igualdad insertando una cláusula específica en la misma y única escritura donde instrumentan sus derechos. En realidad, se trataría de una alternativa a la formalización de un único crédito hipotecario en régimen parciario o de cuotas (74).

Por su objeto, la cláusula podría recibir el calificativo de *pari gradu*, distinguiéndose de aquellas otras típicas en los préstamos sindicados denominadas *pari passu*. Las cláusulas *pari passu*, en cuya virtud el deudor se viene a obligar a que el crédito de sus acreedores sea de la misma condición que todos los ya contraídos o que pudiera contraer en el futuro (75), son estipu-

cónyuges», en *Academia Sevillana del Notariado*, V, Edersa, Madrid, 1991, pág. 16; ARNAU RAVENTÓS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 CC*, Cedecs, Barcelona, 2000, págs. 252-253).

(73) Sobre la repercusión del pacto de igualdad frente a la facultad irrenunciable de deudor de acogerse al procedimiento de subrogación que brinda la citada Ley 2/94, resulta sumamente ilustrativa la también mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de junio de 2004. «El problema surge porque al convenirse la igualdad de rango de ambas hipotecas, difícilmente el prestatario podrá lograr la subrogación de otra entidad crediticia en una de ellas, aunque fuera la constituida inicialmente, sabiendo que en caso de incumplimiento y ejecución la otra se considerará preferente en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 227 RH». Ahora bien, en el caso había sido ese mismo pacto de igualdad de rango el que había permitido a los prestatarios la subrogación de la entidad demandante en el anterior préstamo hipotecario y, al mismo tiempo, que se le concediera otro nuevo, mejorando sustancialmente los costes financieros de la operación. Por tanto, la controvertida cláusula, lejos de entorpecer, agilizaría la dinámica de las subrogaciones hipotecarias; «de no admitirse, la solución para lograr esa misma financiación sería que la entidad bancaria concediera un nuevo préstamo por la totalidad de ambos y se cancelara el preexistente, lo que comportaría mayores gastos y, de hecho, se privaría al deudor de los beneficios que se buscan con la citada Ley 2/94». Y refiriendo a quienes han propugnado la nulidad del pacto de igualdad de rango, la Sala recuerda que lo habían hecho en cuanto vaya acompañado de otro acuerdo accesorio que obligue al deudor a no iniciar otro proceso de subrogación si no es con respecto a todas las hipotecas o bien cuando se imponga la ejecución simultánea de ambas, lo que no sucedía en el caso.

(74) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 114; VERDERA SERVER, *La hipoteca...*, cit., pág. 117. En todo caso, sin la inscripción, la constancia registral del acuerdo entre los acreedores, ya inserto en la escritura o escrituras que sean, no podrá oponerse a terceros la igualdad convenida. Véase, sobre este punto, muy elemental, la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 16 de febrero de 2004.

(75) Para DE GISPERT Y PASTOR, la cláusula *pari passu* presenta, en la práctica, un variado contenido (cfr. *ob. cit.*, pág. 198). En primer lugar, manifiesta una declaración del

laciones de tipo personal importadas del Derecho anglosajón y contrarias a las normas sobre prelación de créditos, hallando vetado, en consecuencia, su acceso al Registro (76).

Otro supuesto distinto al de la formalización conjunta de diversas hipotecas, y por el que también se llega por vía convencional a una situación de igualdad de rango objetiva se verifica por la que podríamos llamar «reserva de rango concurrente». Recuérdese, en este sentido, como al amparo del artículo 241 RH la reserva de rango se concibe como una cesión del rango a favor de derechos futuros, cesión que ha de considerarse oponible frente a los terceros que, con un título voluntario, accedan al Registro con anterioridad a quien haya de beneficiarse por ella. Pues bien, resultando posible convenir que una hipoteca futura se anteponga a otra presente, no existen mayores problemas para admitir que el objeto de ese negocio no sea ya esa anteposición sino la participación en el rango entre ambas hipotecas (77). Se hablaría de una reserva de rango concurrente o compartido, de un pacto de paridad condicional, dado que llegaría a materializarse en el momento de la inscripción de la hipoteca ingresada más tarde. La igualdad por ella producida tendrá carácter objetivo y originario: objetivo, pues serían varios los derechos (en el ejemplo, dos hipotecas) que han de disfrutar del mismo rango; originario, porque, a pesar de que uno de los titulares empezaría disfrutando en exclusiva de ese rango, la futura situación de igualdad habría sido

acreditado en relación con su situación financiera actual, imponiéndose la obligación de no postergar los créditos del sindicato durante la vigencia del contrato. En segundo lugar, la cláusula nunca abarca las deudas que gocen por Ley de una garantía real a su favor, extendiéndose en exclusiva a los créditos quirografarios, presentes o futuros del deudor. Por último, es posible que el compromiso del deudor cubra las obligaciones del acreditado derivadas de otras operaciones de préstamo o crédito o, incluso, la totalidad de sus obligaciones.

(76) Las cláusulas *pari passu* chocan frontalmente con el carácter de orden público que disciplina toda la normativa sobre los privilegios. Si bien esa condición no impide, como sabemos, que un titular se abstenga de hacer valer su privilegio sobre cualquier otro, lo que de ningún modo parece lícito es que se pueda determinar sin consentimiento del perjudicado la prelación que hubiera de tener su crédito. Por tanto, esas estipulaciones no pasarían de ser una especie de compromiso del deudor de no contraer deudas a las que la Ley asignara un grado superior al del préstamo sindicado (cfr. DE GISPERT Y PASTOR, *ob. cit.*, pág. 198 y sigs.; FLAQUIER RIUFORT, *ob. cit.*, pág. 313 y sigs.).

(77) Sostiene BASSENGE que dentro del § 881 BGB cabe una reserva de rango compartido (cfr. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, Munich, 1996, pág. 1078). Para ALTERINI, «va de suyo, que si el dueño puede reservarse la facultad de constituir ulteriormente una hipoteca de rango preferente, que (...) provocará el retroceso de la hipoteca que consintió la reserva, con mayor razón podrá reservarse el derecho de constituir otra que no llegue a posponerla, sino que simplemente concurra con ella» (cfr. *ob. cit.*, pág. 2041). En el mismo sentido, GATTI y CHIAPINI se preguntan que si resulta posible implantar *ex tunc* «una hipoteca de grado preferente, por qué no va a serlo una de grado igual, lo cual nunca puede ir en detrimento del acreedor hipotecario que consiente la paridad de rango —o en contra de terceros— sino a lo mejor a su favor («Constitución simultánea de hipotecas de igual grado», en *La Ley* [Revista Jurídica argentina] 1983-A, pág. 808).

prevista a la hora de configurar la reserva. Ahora bien, el hecho de que el titular del derecho futuro no participe en la instrumentación de la reserva, la puede inutilizar en la práctica, si para su admisión, el titular actual ha impuesto un clausulado que le haya de garantizar, aun en esa situación, una posición de privilegio.

La reserva de rango concurrente puede convenirse en la escritura del derecho del titular que ha decidido compartir el rango o en otra posterior (78). Si, por el contrario, se hiciera en aquella que documenta el del titular favorecido, el negocio dejaría de considerarse como reserva. Se trataría de un pacto de igualdad de rango de tipo ordinario, que ya no preservaría un determinado rango para un derecho futuro. En este sentido, lo que cuenta es la virtualidad frente a terceros del anuncio de un próximo negocio sobre el rango de un derecho que ya consta inscrito (79).

Como mera especialidad de la figura contemplada en el artículo 241 RH, la reserva de rango concurrente debe cumplir con los requisitos que reseña el precepto. Éstos serán, recordemos, tres: el consentimiento expreso del titular del derecho que hubiera de posponerse, la determinación objetiva y temporal del derecho a anteponer y la inscripción en el plazo señalado de este último derecho. Evidentemente, los dos primeros requisitos sufrirían una lógica adaptación a las circunstancias del supuesto, pues aquí no existiría ni la posposición de la persona que presta su consentimiento ni la recíproca anteposición de quien se aprovecha. Por otro lado, nada impediría que la reserva se hiciera a favor de más de un derecho, siempre y cuando esta circunstancia se reflejara con exactitud a la hora de su formalización. En tal caso, se necesitaría describir respecto de su responsabilidad y duración cada uno de los derechos.

En cuanto a las incidencias en torno a su ejercicio, si durante el tiempo que va desde la constancia registral de la reserva hasta la llegada del derecho con el que habría de compartirse el rango, se presentara un embargo o una anotación de demanda, por ejemplo, sería preciso para llevar a término la igualdad planteada que fuera consentida por su respectivo titular, dado que,

(78) En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, 26 de octubre de 2000, se abordó cuál habría de ser la interpretación de una estipulación contenida en la escritura de una hipoteca, en cuya virtud el acreedor autorizaba a compartir su rango con la entidad que efectuara un nuevo préstamo al deudor por la misma cuantía e igual plazo que la suya. La Sala entendió que no se adaptaba al espíritu de esa cláusula una hipoteca que no aseguraba la devolución de otro préstamo, sino que actuaba de contragarantía de la fianza a la que se había obligado su titular.

(79) Al respecto comentan GATTI y CHIAPINI que «el grado de coparticipación puede ser incluso “reservado”, pero siempre en la escritura de la hipoteca habilitante; el pacto posterior puede llegar a ser válido, pero ya coloca al segundo privilegio —pensamos— *a posteriori* de privilegios allegados luego de la primera hipoteca (otras hipotecas o derechos reales, embargos, inhibiciones sobre cabeza del deudor hipotecario, etc.)» (*idem*).

de otro modo, su interposición impediría que el Registrador concediera eficacia al negocio (80).

Junto a estos supuestos de previsión por parte de los interesados, cabe también la determinación de la igualdad de una manera más espontánea. El artículo 422 RH, al ocuparse de la presentación simultánea de títulos, así lo permite. Según sabemos, este artículo establece que si varios títulos son entregados al mismo tiempo por una o varias personas, éstas tendrán la facultad de fijar el orden de presentación entre ellos, no existiendo inconveniente, para cuando sus derechos sean compatibles, en que opten en tal momento por compartir rango. Los problemas surgen cuando los presentantes no se ponen de acuerdo sobre la prioridad que hubieran de respetar sus títulos.

Sobre este punto, debe decirse que el ordenamiento español se ha alejado de la solución favorable a la igualdad de rango mantenida, entre otros, por el italiano (81), impidiendo la inscripción de cualquiera de los títulos hasta tanto los interesados diriman el conflicto o los Jueces se pronuncien al respecto. Con ello, por ejemplo, evitaría atribuir *ex lege* el mismo rango a dos hipotecas presentadas a la vez, incluso si su entrega la efectúa una única persona.

Aunque la opción señalada no sea regularmente secundada en el Derecho comparado, no se puede negar lo acertado de que una única norma responda a todos los conflictos generados por la presentación simultánea de títulos. Y esa cualidad resulta aún más resaltable, si se considera que la legislación citada carece de un precepto específico que resuelva la confluencia de pretensiones de inscripción incompatibles (dos ventas, una venta y una hipoteca, etc.) (82).

(80) Si fueran varios los derechos a cuyo favor se hubiera realizado la reserva, y a la fecha de interposición del embargo, ya hubiera accedido alguno de ellos, el consentimiento del embargante sólo se precisaría en relación con los derechos aún no presentados.

(81) En el Derecho italiano, si varios títulos ingresan a un tiempo, el juego de los artículos 2.853 y 2.854 del *Codice* dispone para ellos la igualdad de rango. El primero de esos preceptos establece: «el número de orden de las inscripciones determina su rango. No obstante, si varias personas presentan simultáneamente su solicitud de inscripción contra la misma persona o el mismo inmueble, las inscripciones tendrán un mismo número, haciendo constar el Conservador tal circunstancia en el recibo que entregue a cada uno de ellos». El segundo señala: «los créditos con inscripción hipotecaria del mismo grado sobre el mismo bien concurrirán entre ellos en proporción a su importe».

(82) Así, en Italia, la regla de la igualdad de rango, como corrobora la ubicación sistemática de los preceptos transcritos en la nota anterior, sólo opera cuando los títulos tienen la condición de hipotecarios. ¿Qué sucede cuando alguno de ellos es de dominio? Sobre el caso en que se presentaran dos escrituras de venta, la doctrina se inclina por dar como preferente el título formalizado antes; pero, si todos tienen igual fecha, y ninguno de los interesados aún no ha tomado posesión del inmueble, el problema se antoja insoluble. En opinión de GENTILE, no se debe extender la solución del 2.853 del *Codice* a otros supuestos distintos; ha de ser el propio Registrador el que debe determinar la prioridad de los títulos presentados (cfr. *La trascrizione immobiliare*, Jovene, Nápoles, 1959, págs. 625 y sigs.). Esta solución no parece muy viable en un sistema, como el italiano, donde el principio de legalidad se manifiesta tenuemente. Para el caso particular de que accedan una venta y una hipoteca, ha de decirse que la Corte Suprema de Casación se pronunció

Expuesta la casuística más común del fenómeno contemplado, en las páginas siguientes me centraré en el régimen de prioridad de ciertas anotaciones preventivas (las de adjudicación de un inmueble en pago de deudas y las de legado de género o cantidad), a cuyo favor la doctrina mantiene el reconocimiento legal de una reserva de rango concurrente. Después, abordaré la problemática de la igualdad objetiva en el campo de las garantías mobiliarias.

B) EL ÁMBITO DE LA RESERVA LEGAL DE RANGO CONCURRENTE

1. *Planteamiento*

La separación de patrimonios es un instituto sucesorio que intenta proteger a los acreedores y legatarios de la confusión del caudal relicto con el del heredero que acepta pura y simplemente la herencia. Para COLIN y CAPITANT consiste en un derecho de preferencia de los acreedores y legatarios del difunto sobre el valor de los bienes hereditarios que opera incluso directamente, esto es, sin necesidad de previa solicitud, si el heredero acepta la herencia a beneficio de inventario (83). El Derecho español no recoge una regulación expresa sobre la separación de patrimonios (84). Sin embargo, en relación con los bienes inmuebles, la Ley Hipotecaria permite obtener ese título de preferencia a través del juego de ciertas anotaciones preventivas (85). Entre

en sus Sentencias de 30 de abril de 1935 y de 10 de marzo de 1975 a favor de que, aun teniendo ambos documentos el mismo número de entrada, debe prevalecer la trascipción de la transmisión de la propiedad sobre la inscripción de la hipoteca, al entender que el interés más digno de protección es el del tercer adquirente. No obstante, hay autores que rechazan esta postura propugnando la preferencia del título de fecha anterior; entre todos, destaca la opinión de RUBINO (cfr. *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milán, 1956, pág. 322).

(83) Cfr. *Curso elemental de Derecho Civil*, V, edición española de MARÍN PÉREZ, Reus, Madrid, 1955, pág. 318 y sigs. En el *Code*, la separación de patrimonios se menciona en el artículo 878 y tiene, en virtud del artículo 2.103.6.º, la consideración de privilegio inmobiliario.

(84) La doctrina ha discutido mucho sobre cómo interpretar el silencio del legislador en la materia. Unos mantienen la separación automática de patrimonios, en atención a que los bienes del difunto no pueden llegar a confundirse con los del heredero (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La herencia y las deudas del causante», en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, LXI-1.º, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 139 y sigs.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 110-111; GONZÁLEZ GARCÍA, *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Madrid, Montecorvo, 1989, pág. 132 y sigs.). Otros abogan por justo lo contrario: la responsabilidad ilimitada del heredero que ha aceptado sin beneficio de inventario (cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 504-505; GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit. II, pág. 778 y sigs.).

(85) Cfr. LÓPEZ JACOISTE, «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», en *RGLJ*, núm. 4 (1958), pág. 520 y sigs.; GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1962, pág. 20.

esas anotaciones se encuentran las de adjudicación para pago de deudas hereditarias y las de legado de género o cantidad.

A tenor del segundo párrafo del artículo 45 LH, los acreedores a los que por escritura pública o sentencia se les haya adjudicado en una herencia, concurso o quiebra, un inmueble para el pago de sus deudas, podrán solicitar la anotación preventiva de su derecho, siempre que lo hagan dentro de los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación. Del mismo modo, el artículo 48 LH permite que, en ese plazo de ciento ochenta días, contados esta vez a partir de la muerte del testador, el legatario de género o cantidad anote preventivamente su valor sobre cualquier bien de la masa hereditaria que no se hubiera legado especialmente.

Pues bien, en torno a estas dos clases de anotaciones ha sido muy habitual, hasta la fecha, hablar de una especie de reserva legal de rango a favor de los acreedores o legatarios que anotaran su título en plazo (86). Y claro está, ante la posibilidad de que los adjudicatarios o legatarios sean varios, también se ha postulado por que todos los que anoten su derecho, durante los ciento ochenta días marcados, compartan rango (87). De ser así, no habría inconveniente en calificar el supuesto de reserva de rango concurrente, en el sentido en que esta figura habría sido definida antes, aunque con un importante matiz: esta reserva no se basaría en la libre voluntad de los particulares, sino en el cumplimiento del supuesto de hecho descrito legalmente.

A continuación veremos hasta qué punto las anteriores afirmaciones se corresponden con la realidad. Para ello, será imprescindible analizar el tema en relación con cada modalidad de anotación apuntada, considerando que la legislación no dispone un régimen común para ambas.

(86) Cfr., entre otros, DE CASSO ROMERO, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Instituto de Derecho Civil, Madrid, 1951, pág. 190; DÍAZ GONZÁLEZ, «Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario», I, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967, pág. 203.; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Apuntes de Derecho Hipotecario*, imp. Prensa Española, Madrid, 1953, pág. 99; BONILLA ENCINA, *ob. cit.*, pág. 496 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, «La prioridad formal y la sustantiva», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 658 y sigs.; y también, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 329. Por su parte, LARRONDO LIZÁRRAGA califica el efecto producido por estas anotaciones de reserva de rango impropia o anormal, en contraposición a la reserva de rango propia caracterizada por la inscripción de una hipoteca con la calidad de postergable (cfr. *Hipotecas y anotaciones preventivas en la intermediación inmobiliaria*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 37-38).

(87) Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 129; HERNÁNDEZ GIL, «Introducción al Derecho Hipotecario», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, pág. 179; CRISTÓBAL MONTES, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Librería General, Zaragoza, 1986, pág. 272; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, II, 1995, pág. 85; GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., II, págs. 736 y 786.

2. Las anotaciones sobre bienes adjudicados para el pago de deudas

a) La adjudicación para pago del artículo 45 LH

Puede extrañar que haya situado el precepto dedicado a estas anotaciones en el contexto del fenómeno sucesorio. En efecto, el artículo 45 LH no se refiere exclusivamente a las adjudicaciones para el pago de deudas hereditarias, sino también a aquellas derivadas de las liquidaciones de una quiebra o concurso. Sucede que tales anotaciones, en realidad, no tienen cabida fuera del ámbito sucesorio. Repárese en las palabras utilizadas en el primer párrafo del precepto: «la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia, concurso o quiebra, hecha o que se haga para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad de bienes no producirá garantía alguna de naturaleza real en favor de los respectivos acreedores, a no ser que en la misma adjudicación se hubiese estipulado expresamente». Prestando atención a su enunciado, nos percatamos de que alude a un negocio para cuya formalización no han concurrido los acreedores, aunque de él hayan de derivarse consecuencias para la satisfacción de sus intereses; precisamente lo contrario de lo que acontece en un procedimiento concursal, donde los únicos actos válidos son los intervenidos por la masa de acreedores (88).

La cuestión introducida conduce irremediablemente a la determinación de lo que exactamente ha de entenderse por adjudicación para pago, término este que puede llevar a cierta confusión, si antes no se aclara su significado. La adjudicación para pago, también llamada *datio pro solvendo*, consiste en la entrega de un bien para, con el resultado de su venta, liquidar una deuda. Se distingue de la adjudicación en pago o *datio pro soluto* del artículo 1.175 CC, negocio por el que se transmite el bien directamente al acreedor a modo de pago (89). Por otra parte, la adjudicación *en pago* puede ser *propia* o *impropia* (90). En la *propia*, el bien se cede con el objeto de ser vendido. En la *impropia* se va más lejos, pues se trasfiere como contraprestación de la asunción de deuda a la que se compromete el adjudicatario, quien podrá destinar el bien al fin que estimara más oportuno.

De las categorías resaltadas, el artículo 45 LH excluiría de su aplicación la adjudicación *en pago*, que sería inscribible a favor del acreedor como cualquier otro acto de traslación del dominio. En cambio, existen muchas dudas acerca de si su redacción abarca los dos supuestos de adjudicación

(88) Cfr. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Garantías...*, cit., págs. 153-154. Amén de la asimilación histórica de los derechos de los acreedores del difunto con los propios de los legatarios. Téngase en cuenta que tras la reforma de 1909, ambos tipos de anotación llegaron, incluso, a compartir precepto.

(89) Sobre la distinción, véanse, entre otras, las Sentencias de 3 de enero de 1977, 13 de febrero de 1989, 7 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1997.

(90) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, III, 1979, pág. 778.

para pago. La postura mayoritaria sostiene que la adjudicación con asunción de deuda queda fuera de su campo de aplicación, al verificar una mera transmisión onerosa, alejada de la intención del legislador y sin sustento en la literalidad de la norma, que sólo habla de la adjudicación *para pago* (91). Consecuentemente, los acreedores no tendrían derecho a anotar su crédito en el folio del bien adjudicado que se hubiera transmitido previa sucesión en la deuda del adjudicatario.

- b) La viabilidad de la reserva de rango a favor de los acreedores de la adjudicación

El segundo párrafo del artículo 45 LH declara:

«Los acreedores cuyos créditos consten en escritura pública o por sentencia firme podrán, sin embargo, obtener anotación preventiva de su derecho sobre las fincas que se hubieren adjudicado para pago de sus respectivos créditos, siempre que la soliciten dentro de los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación, a no ser que conste en el Registro el pago de aquéllos».

El precepto atribuye a los acreedores de una herencia la facultad de solicitar anotación preventiva sobre los bienes que, perteneciendo al patrimonio dejado por el causante, se hubieran adjudicado para la satisfacción de sus créditos. La interpretación clásica parte de su consideración como una excepción al funcionamiento normal de la prioridad registral. Así, los acreedores contarían, cuando no se hubiera asegurado el pago de sus créditos de modo expreso —a través de una hipoteca o un derecho de anticresis, por ejemplo—, con una suerte de reserva de rango forzosa, válida por los seis meses inmediatamente posteriores a la adjudicación. El fundamento de tal privilegio se correspondería con un mandato legal favorable a la posición de los acreedores del caudal hereditario. Hasta aquí, nada que objetar. Los problemas aparecen cuando se ha de explicar la articulación práctica de la figura.

Un importante sector doctrinal entiende que las anotaciones sobre los bienes adjudicados pueden realizarse sin haberse inscrito la adjudicación (92). A tal argumento colabora el hecho de que la Ley cuente el cómputo de su plazo a partir de la «adjudicación» y no desde su respectivo asiento. Sin

(91) Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», en *AAMN*, t. I (1945), págs. 214 y 323; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-1.º, 1979, pág. 198; TOMÁS MARTÍNEZ, *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 249-250 y 266-267.

(92) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-1.º, 1979, pág. 199; CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, cit., pág. 1263; TOMÁS MARTÍNEZ, *ob. cit.*, págs. 268-269.

embargo, esta opinión me parece insostenible. En primer lugar, porque conculca principios cardinales de nuestro sistema. No sólo el de prioridad, cuya sola infracción no plantearía mayores inconvenientes, sino también el de tracto sucesivo y el más grave de todos, el de fe pública registral. Pensemos en que un único precepto, cuya lectura, además, es poco clara, no puede hacer que quien adquirió del adjudicatario, cuando nada en el Registro le advertía de su condición, haya de supeditarse a la sucesiva y sorpresiva incursión de terceros acreedores (93).

En segundo lugar, con esa tesis no se entendería el inciso final del artículo 45 LH, que prohíbe la anotación si consta en el Registro el pago del crédito. Sería muy extraño un asiento que advierta sobre la extinción de un crédito desconocido hasta entonces. Tampoco se comprendería muy bien el segundo párrafo del artículo 353 RH, cuando obliga al Registrador a señalar en las certificaciones que expida, la circunstancia de no haber trascurrido los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación. ¿Qué método adoptaría para llevar su cómputo, si ni siquiera conoce de su otorgamiento?

Por último, admitir la anotación sin inscribir antes la adjudicación, negaría, de suyo, la existencia de la reserva de rango. Si la reserva se perfila como un mecanismo de anticipación en su prioridad de derechos de próxima presentación, y esa anticipación no se concibe sin un aviso que informe de esa circunstancia a los terceros, la inscripción de la adjudicación sería el mejor instrumento para cumplir con tal fin. Téngase en cuenta que este asiento reflejaría la causa del cambio de titularidad producido, esto es, que el bien ha sido entregado para el pago de determinadas deudas, y también cuáles habrían de ser esas deudas (94).

(93) Del mismo parecer, BONILLA ENCINA, quien gráficamente dice que la «inscripción de la adjudicación nace a la vida registral con el signo limitativo de una reserva de rango a favor del acreedor de la universalidad de bienes» («La prioridad en el sistema hipotecario español», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, II, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pág. 497). También, GARCÍA GARCÍA cuando observa, siguiendo a MORELL, que la interpretación lógica del artículo conduce al cómputo del plazo establecido desde la inscripción de la adjudicación, pues la adjudicación no publicada en el Registro es un acto clandestino que no puede perjudicar a terceros no intervinientes en la escritura de adjudicación (cfr. *Derecho...*, cit., II, pág. 788). Por su parte, CAMY (cfr. *Garantías...*, cit., pág. 156) y BERNALDO DE QUIRÓS (cfr. «Comentario al artículo 45 LH», en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART [Dir.], *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VII-5.º, Edersa, Madrid, 2000, págs. 295-296) precisan la necesidad de inscripción previa con base en el artículo 172 RH, que prescribe como requisito para la anotación la presentación, junto con la correspondiente solicitud, de aquellos documentos públicos donde conste la adjudicación.

(94) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, III, 1979, págs. 784 y sigs.; TOMÁS MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 264.

Por estas razones, se ha de considerar requisito ineludible para las anotaciones preventivas por adjudicación, la inscripción previa de ésta (95). Una única objeción cabría hacer a este planteamiento: la necesidad de contar con la colaboración del adjudicatario para su práctica. Sin embargo, en el caso en que éste planteara alguna traba al acreedor interesado en anotar su derecho, el artículo 172 RH, por remisión al 57 LH, habilita un expediente judicial alternativo, a resultas del cual podría librarse al Registro el mandamiento oportuno (96).

c) Los efectos de la reserva: la igualdad de rango entre los acreedores anotados en plazo

El reconocimiento de la reserva legal de rango a favor de los acreedores para cuyo pago se adjudicaron bienes de la herencia, obliga a plantearse cuáles son sus efectos más característicos. El principal ya está apuntado: la oponibilidad de los créditos anotados en plazo frente a quienes inscribieron su derecho, una vez la adjudicación constaba inscrita. Sin embargo se ha de dejar bien claro, desde ahora, que esa circunstancia puede no garantizar al anotante el éxito final de sus pretensiones. Trataré de explicarme.

El artículo 45 LH no señala las consecuencias de la anotación preventiva que señala, ni siquiera cuál es el criterio de ordenación entre las distintas anotaciones que se vayan sucediendo. La doctrina ha mantenido, por casi completa unanimidad, que el silencio del legislador obliga a encuadrar estas anotaciones dentro de la categoría propia de las de embargo, por lo que, en virtud del artículo 1923.4.º CC, sólo tendrían preferencia en cuanto a los créditos posteriores (97). Sin embargo, esa equivalencia no es total, pues

(95) Por tanto, no habría retroprioridad de ningún tipo, pues los efectos de la anotación comenzarían desde el justo momento en que la adjudicación se conoció en el Registro y no desde la fecha del acto de adjudicación.

(96) Es cierto que el artículo 57 LH, previsto para las anotaciones de legados y de derecho hereditario, no autoriza al Juez a mandar hacer la inscripción de la adjudicación, sin embargo estimo que estaría facultado para hacerlo, cuando así lo hubiera pedido el acreedor en su solicitud. En contra de este criterio, MARTÍNEZ MORA (cfr. «Las adjudicaciones de inmuebles para pago de deudas», en *RCDI*, núm. 7 [1925], pág. 501).

(97) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-1.º, 1979, pág. 200; MARTÍNEZ MORA, *ob. cit.*, pág. 502; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia...*, cit., pág. 195, nota 9; BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, pág. 298; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Garantías...*, cit., pág. 159; TOMÁS MARTÍNEZ, *ob. cit.*, págs. 280-281. GARCÍA GARCÍA (cfr. *Derecho...*, cit., II, pág. 787) disiente de ellos; para él, no existen motivos para la analogía, por lo que lo más adecuado consistirá en otorgar a la anotación que se estudia la condición de garantía real a favor de los acreedores, a partir del momento de la adjudicación, con los mismos efectos que tendría una hipoteca. Desde luego, no parece muy conforme esta última apreciación con el hecho de que el autor, de igual forma a como se ha mantenido aquí, entienda que el cómputo del plazo para su práctica comience desde la inscrip-

existen entre ambos tipos de anotación dos importantes particularidades. La primera, señalada por CAMY, reside en que en la anotación de embargo se está ante un crédito vencido y no satisfecho, en tanto que en la de adjudicación, el crédito está sin vencer, o vencido, no se ha puesto en ejecución (98). La segunda es el momento a partir del que se cuenta la preferencia: en aquélla, por el tiempo de presentación en el Registro del oportuno mandamiento, en ésta, por el de ingreso de la escritura de adjudicación o, en su defecto, del mandamiento que ordene su inscripción *ex* artículo 57 LH.

Ahora bien, que los créditos anotados no se impongan sobre los créditos comprometidos antes de la presentación de la adjudicación, no conlleva que éstos puedan desvirtuar directamente el contenido de los asientos del Registro. En este sentido, sus titulares contarán con un rango hipotecario que les favorecerá *prima facie*, en tanto en cuanto no hubiera un pronunciamiento judicial (declarativo, tercería de mejor derecho) que determinase un distinto orden, o incluso, la cancelación de sus derechos.

La regla apuntada rige las relaciones entre los acreedores con anotación preventiva y el resto de personas que tengan algún derecho sobre la finca; ¿será también aplicable para regular las existentes entre los propios acreedores para cuyo pago fue adjudicada la finca? Desde luego, una primera consideración separaría los acreedores que anotaron de los que no lo hicieron. Aunque inicialmente todos ellos partan de una misma posición, pues, en definitiva, la adjudicación tuvo lugar para el pago de todos ellos, el hecho de que unos estén anotados y otros no, tendría importantes consecuencias si la finca fuera adquirida o gravada por un tercero. En tal caso, éste sólo asumiría las cargas publicadas, quedando las que no lo estuvieran, al menos, por este cauce, insatisfechas. Si esa persona hubiera inscrito su derecho antes del transcurso de los ciento ochenta días marcados por la Ley, aun habría de esperar a su cumplimiento.

En cuanto a los acreedores anotados en plazo, cabe mantener su condición de igual rango. Para fundamentar esta conclusión, y dado que el artículo 45 LH no se expresa en la materia, podría pensarse en recurrir a la analogía con las anotaciones por legado de género o cantidad (99). En concreto,

ción de la adjudicación. Por otra parte, dentro de la lista de anotaciones del artículo 42 LH, difícilmente podría encuadrarse este tipo concreto en otros números que no fueran el 2.º (embargo) o el 4.º (secuestro o prohibición de enajenar).

(98) Cfr. *Garantías...*, cit., pág. 159.

(99) CHICO Y ORTIZ entendía que los supuestos eran distintos, y dudaba de la aparente irrelevancia del orden de peticiones de anotación por parte de los acreedores. En cualquier caso, decía: «lo que sí es cierto es que el Registrador, al practicar las anotaciones solicitadas durante esos ciento ochenta días, habrá de observar la regla general del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que le ordena despachar los documentos por orden de fechas de presentación registral, sin que pueda tener facultades para atribuir a todas las peticiones de anotación un orden igualitario» (*La prioridad...*, cit., pág. 659). Por supuesto que el Registrador no podrá cerrar ni suspender el despacho de documentos sobre la finca, pero

al artículo 51 LH, que establece que quienes hubieran anotado su legado durante los ciento ochenta días posteriores a la muerte del testador, no tendrán preferencia entre sí. Sin embargo, no existen motivos para la semejanza. Como a continuación explicaré, las anotaciones por legados genéricos no suponen una excepción al principio de prioridad, ni sus titulares se encuentran amparados por reserva de rango alguna. En puridad, el artículo 51 LH estatuye un criterio de prelación de créditos sin repercusión en la esfera registral (100).

A mi juicio, lo que en verdad asigna un rango paritario a las anotaciones preventivas sobre bienes adjudicados es el mecanismo propio de la reserva, el cual hace retrotraer la fecha del asiento de presentación de la solicitud de cada anotante a la del ingreso de la escritura, o mandamiento judicial equivalente, de la adjudicación. Así, en la práctica resulta indiferente que el acreedor acceda el primer o el último día, pues su prioridad estará marcada, como para el resto, por el momento en que empezó a computarse el plazo.

3. *Las anotaciones de legado de género o cantidad*

a) *La protección registral del legado*

La Ley Hipotecaria distingue tres clases de legado: el de parte alícuota, el específico y el genérico o de cantidad. Al legatario de parte alícuota, que puede promover el juicio de testamentaría, lo equipara con el heredero, dispensándole un tratamiento especial. Justo lo contrario de lo que hace con los demás legatarios, a quienes confiere la facultad de solicitar anotación preventiva sobre el inmueble legado o, tratándose de legados de género, sobre cualquiera de los que, no habiendo sido legados especialmente, integraran el haber hereditario. La naturaleza y los efectos de la anotación en uno y otro caso varían en gran medida.

El legado específico puede anotarse en cualquier tiempo sobre el inmueble que fuera su objeto (cfr. art. 47 LH). A pesar de que por él se transfiere la propiedad desde la muerte del testador (cfr. art. 882 CC), su anotación se encargaría de anticipar la inscripción que luego acreditaría la entrega efectiva del

irá advirtiéndolo a quienes vayan inscribiendo sus títulos de la existencia de la posibilidad de que se sucedan más anotaciones. El medio para hacerlo será la nota simple del artículo 253.2 LH. Según este precepto, luego de la nota de inscripción, el Registrador deberá extender nota simple informativa «expresiva de la libertad o gravamen del derecho inscrito, así como de las limitaciones, restricciones o prohibiciones que afecten al derecho inscrito». No cabe duda de que dentro de esas limitaciones deberá reflejar la eventualidad de que, al amparo de la adjudicación previamente inscrita, y por el tiempo que restara para el cumplimiento del plazo de seis meses, se practicaran nuevas anotaciones.

(100) Cfr. CHICO Y ORTIZ, *La prioridad...*, cit., págs. 659-660.

bien, evitando la aparición de terceros adquirentes de buena fe. El legado genérico plantea una regulación menos sencilla. Su anotación cumple una función de garantía con respecto al valor del legado, por lo que es factible que un mismo inmueble se anote para asegurar la satisfacción de una pluralidad de legados (cfr. art. 48 LH). En cuanto al tiempo para su solicitud, en principio, puede pedirse, como la anterior, en cualquier momento, aunque distinguiéndose según se hiciera dentro o fuera del plazo de ciento ochenta días tras el fallecimiento del testador (101). Si se hiciera durante el mismo, el legatario se impondría sobre los acreedores del heredero que hubiera aceptado la herencia sin beneficio de inventario —tuviesen inscrito o no, antes o después, su título—, sobre los legatarios de género que dejaran de anotar en plazo y sobre cualquier otra persona que adquiriera más tarde algún derecho sobre la finca (cfr. arts. 50 y 51 LH). En cambio, si se solicitara fuera de término, sólo podría practicarse sobre los bienes que permanecieran en poder del heredero, con sometimiento a los titulares ya inscritos (cfr. art. 52 LH). En tal caso, serían preferentes frente al acreedor del heredero que con posterioridad adquiriese algún derecho sobre los bienes anotados, pero no frente a los demás legatarios que, como él, hubieran prescindido de anotar en plazo (cfr. art. 53 LH).

En breves palabras, estas serían las líneas básicas de la normativa sobre las anotaciones preventivas por legado. Aproximémonos ahora al régimen específico del legado genérico, con particular atención, a su posible repercusión en la articulación típica de la prioridad hipotecaria.

b) Impugnación de la reserva legal de rango para las anotaciones de legado genérico. Su consideración como hipoteca legal tácita

Para reforzar la posición de los legatarios genéricos mientras rige el término legal para la concesión de su especial preferencia, la Ley proscribire la inscripción del heredero (102). En efecto, el heredero no está legitimado a inscribir a su favor los bienes de la herencia, ni a anotar su derecho hereditario, durante el transcurso de los seis meses posteriores a la muerte del testador, en tanto en cuanto no se cumpla alguna de las siguientes condiciones: *a)* que todos los legados hayan sido pagados o, al menos, anotados; *b)* que los legatarios con derecho a solicitar la anotación renuncien en escritura pública al mismo; *c)* o que, notificados judicialmente los legatarios de la intención del heredero de inscribir, se abstengan de pedir su anotación

(101) Ha de tenerse en cuenta que los legatarios de género y cantidad podrían solicitar en cualquier momento su anotación, pero siempre que no hubiera llegado el momento de exigir el pago del legado (cfr. CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, cit., II, pág. 1242).

(102) En relación con el legado específico, una disposición semejante sería inútil, dado que el heredero no puede enajenar ni gravar el bien de que se trate, por la sencilla razón de que, conforme al artículo 882 CC, ese bien no es suyo.

preventiva en el plazo de treinta días tras la notificación (103). Mientras no se dé ninguna de estas circunstancias, el heredero sólo podrá anotar su «solicitud de inscripción» pero no su derecho. Con esta medida se produce un fenómeno excepcional en nuestro Derecho: la suspensión de la actividad regular del Registro hasta que se satisfagan o garanticen los legados o, de otro modo, transcurra el término legalmente previsto.

Este dato, junto al que se refiere a la posibilidad de que los legados anotados (solicitados) en plazo sean considerados preferentes a los acreedores del heredero, aun previamente inscritos, podría hacernos suponer que nos encontramos ante una reserva legal de rango, asimilable al supuesto contemplado en el artículo 45 LH, relativo a las anotaciones sobre bienes adjudicados en pago de deudas. Recuérdese que para tal caso la opción mantenida consistía en la formulación de una reserva de rango concurrente a favor de los acreedores que inscribiesen su crédito en el plazo de ciento ochenta días contados desde la inscripción de la adjudicación, siendo esta inscripción la que justificaba la existencia de la reserva y su eficacia frente a terceros. En este sentido, quien hubiera adquirido algún derecho del adjudicatario no podría alegar su buena fe ante la solicitud posterior de estas anotaciones, ya que habría tenido medios suficientes para conocer de la eventualidad que se cernía sobre la finca.

Sin embargo, el mecanismo diseñado en relación con las anotaciones por legado es mucho más complejo. Aquí no existe asiento alguno que notifique a terceros del inicio del plazo durante el cual sus derechos habrán de verse diferidos, y ello, precisamente, porque el asiento que habría de cumplir con tal fin, el del heredero, no puede realizarse. Igualmente, falta un precepto que, como el artículo 353.2 RH, imponga al Registrador la obligación de expresar la vigencia de la reserva en las certificaciones de cargas y gravámenes que expida. Por tales razones, creo que el fundamento de la preferencia de los legatarios ingresados en plazo frente a quienes con anterioridad hubieran inscrito o anotado algún derecho sobre los bienes hereditarios, debe buscarse lejos del esquema característico de la reserva de rango.

Antes incluso de promulgarse la Ley de 1861, GÓMEZ RODRÍGUEZ advertía, como uno de los defectos de su proyecto, el no catalogar la anotación por legado como lo que en realidad plasmaba su regulación: una hipoteca de orden legal (104). La facultad del legatario de ampliar la garantía, cuando se previera insuficiente (105), o su constitución de oficio en los casos en los

(103) Sobre el modo de practicar esa notificación a los legatarios y, en su caso, la inscripción a favor del heredero, cfr. artículos 149 y 150 RH.

(104) Cfr. «Observaciones al Proyecto de Ley Hipotecaria», en *RGLJ*, t. XVII (1860), págs. 519-520.

(105) Hoy en día, el artículo 163 LH establece la facultad de ampliar la hipoteca legal en los siguientes términos: «en cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes

que el interesado no fuera persona cierta (106) servían de base para esa tesis. Con el texto de la Ley ya en vigor, GARCÍA MARTÍNEZ considerará estas anotaciones una especie de hipoteca tácita, cuya formalización privilegiaría singularmente a los legatarios (107).

Por su parte, ROCA (108) y PEÑA (109) han calificado el supuesto como una afección de bienes al pago del legado, categoría en la que también incluyen las anotaciones sobre bienes adjudicados para el pago de deudas (110). Asimismo destaca la opinión de GETE-ALONSO, quien llega a la conclusión de que el asiento concede a su titular un conjunto de derechos que participan, al menos implícitamente, de la naturaleza de la hipoteca y, acercándose aún más, la define como una hipoteca legal, realizable directamente por el procedimiento ejecutivo ordinario (111).

En efecto, la anotación por legado no específico cumple con los tres criterios comúnmente predicados en torno a las hipotecas legales: su constitución forzosa o *ex lege*, según fuera expresa o tácita, su reconocimiento explícito y su fundamento tuitivo. Por lo que respecta al primero de estos caracteres, el legado puede anotarse coactivamente, previa intervención del órgano judicial oportuno, en los casos en los que el heredero no colaborare (112). En segundo lugar, la anotación se lleva a cabo, una vez se produzca el evento típico: el fallecimiento de una persona en cuyo testamento hubiera

las hipotecas legales inscritas podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que, con arreglo a esta Ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigir las y de calificar su suficiencia». Obsérvese la similitud de su enunciado con el del párrafo tercero del artículo 87 LH: «si antes de extinguirse la anotación preventiva resultare ser insuficiente para la seguridad del legado, por razón de las cargas o condiciones especiales de los bienes sobre los que recaiga, podrá pedir el legatario que se constituya otra sobre bienes diferentes, siempre que los haya en la herencia susceptibles de ser anotados».

(106) El párrafo segundo del actual artículo 49 LH así lo declara. Compárese su dicción con la del artículo 166 LH, relativa a la constitución de oficio por parte del Juez o Tribunal competente de la hipoteca legal.

(107) Cfr. *ob. cit.*, pág. 392.

(108) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-2.º, 1979, pág. 911. También es simbólico que en otro lugar de su tratado hable para estas anotaciones de una *preferencia de afección* (cfr. *ob. cit.*, IV-1.º, 1979, pág. 177).

(109) Cfr. *La herencia...*, cit., págs. 214-215, nota 31.

(110) La consideración de las anotaciones del artículo 45 LH como una afección de bienes sólo se explica si se entiende, según hacen estos autores, que la inscripción de la adjudicación no resulta necesaria para vincular a terceros adquirentes durante el plazo de reserva legal de rango.

(111) Cfr. «Las garantías hipotecarias del legado. Examen de la anotación preventiva de legado», en *RJC*, núm. 2 (1981), pág. 86 y sigs. La anotación se configuraría como una hipoteca de seguridad, al igual que el resto de las de orden legal. Esta característica se encontraría avalada por varias de las expresiones utilizadas en su regulación, y en especial, por su objeto específico según el artículo 48 LH: lo que se anota no es el legado en sí, sino su «valor».

(112) El artículo 165 LH recoge un juicio incidental para la constitución de las hipotecas legales. Con idéntica finalidad, el artículo 57 LH determina un breve expediente judicial para la obtención por parte del legatario del título necesario para anotar su derecho.

dejado legados de esta clase. Finalmente, el fundamento de estas anotaciones radica en la necesidad de impedir que el heredero perjudique con algún acto traslativo los intereses del legatario.

De las modalidades de hipoteca legal, expresa o tácita, el derecho concedido al legatario se adaptaría mejor a los perfiles de ésta. Tal afirmación puede parecer un contrasentido, al surgir la garantía con motivo precisamente de su anotación. Sin embargo, las consecuencias de esa anotación se corresponden difícilmente con el equivalente asiento de inscripción de las hipotecas legales expresas. Pensemos en que estas últimas siguen, salvo contadas excepciones, el mismo régimen que las hipotecas voluntarias (cfr. art. 161 LH), y que, conforme a esta regla, su posición frente a terceros vendrá determinada por la fecha de presentación de su título. En cambio, los legatarios anotados en plazo se imponen, aun habiendo accedido más tarde, a quienes hubieran inscrito sobre alguno de los inmuebles de la masa hereditaria. En este sentido, una interpretación *a sensu contrario* del artículo 52 LH no puede conducir a solución distinta. Si los legatarios anotados fuera de plazo carecen de preferencia «contra el que antes haya adquirido o inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios», se está admitiendo que los anotados dentro de él retrotraen sus efectos al justo momento de la muerte del causante.

Sobre estas premisas, se concluiría que la reserva legal de rango, según se ha sostenido tradicionalmente en relación con el régimen de las anotaciones por legado genérico, sería, en realidad, una hipoteca legal tácita, una afección contra los acreedores del heredero y demás adquirentes, si se prefiere la expresión, sometida a la condición (*condicio iuris*) de que el legado se inscriba en el plazo de seis meses tras la apertura de la sucesión.

c) La discutible igualdad de rango entre legatarios

En relación con las anotaciones de legado genérico, que, como sabemos, pueden solaparse sobre un inmueble, es frecuente entender que comparten un mismo rango (113). Quienes de este modo opinan, se remiten al segundo párrafo del artículo 51 LH, cuando advierte que los legatarios anotados en plazo «no tendrán preferencia entre sí, sin perjuicio de la que corresponde al legatario de especie o a cualquier otro, respecto de los demás, con arreglo a la legislación civil, tanto en ese caso como en el de no haber pedido su

(113) Si el legado es específico no se dará sobre él concurrencia alguna, pues no hay conflicto de prelación entre los distintos legatarios. Otra cosa es que el testador hubiera dejado el bien a varias personas, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de condominio y no de preferencia (cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-1.º, 1979, pág. 171; GETE-ALONSO, *ob. cit.*, pág. 336; DE LOS MOZOS Y TOUYA, «Comentario al artículo 48 LH», en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART [Dir.], *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VII-5.º, Edersa, Madrid, 2000, pág. 351).

anotación» (114). Estas palabras confirmarían la teoría acerca de la reserva de rango, de la que la igualdad entre legatarios sería lógica consecuencia. Con tal de que lo hicieran dentro del plazo, sería indiferente el tiempo en que inscribieran, pues la Ley les depararía un rango único para todos (115).

Sin embargo, esto no es exacto. La calificación del derecho del legatario como una auténtica afección condicionada a su anotación y la inexistencia de una reserva de rango en la materia, según se ha sostenido en el punto anterior, obligan a replantear las cosas. En primer lugar, porque como afección supone, según proclamaba la Dirección General en su Resolución de 26 de diciembre de 1999, al ocuparse de la constituida por los gastos comunes de la propiedad horizontal, un gravamen sobre la finca por el que ésta queda sujeta al pago de un crédito, «que además se declara legalmente preferente. Ello implica no sólo la posibilidad de repetir contra la finca para su cobro, cualquiera que sea el titular de la misma, sino también el anteponer la garantía de que goza a cualquier otra carga inscrita o anotada sobre el mismo inmueble». Ahora bien, y como el propio Centro Directivo se encargaba de recordar, esa declaración de preferencia, por más que establecida por la Ley, no puede oponerse a quien no haya tenido la posibilidad de excepcionarla. Sólo así podrá lograr aquella preferencia su constancia en el Registro y con ella, los efectos consiguientes: de un lado, la cancelación, llegado el caso de su ejecución, de todas las cargas frente a la que hubiera sido declarada preferente; de otro, la subsistencia de la afección para cuando los que instaran la ejecución fueran los titulares de las cargas postergadas.

Trasladando esta doctrina a las anotaciones preventivas por legado, resultaría que cada anotación tendría el rango que le asignara su presentación, oponiéndose sólo frente a quienes accedieran más tarde. El legatario que se creyera perjudicado por su rango y quisiera hacer valer su mejor o igual derecho al cobro, estaría obligado a instar el juicio declarativo oportuno, o a esperar a la ejecución de cualquier otro de rango superior para interponer la correspondiente tercería. Acredita este planteamiento el inciso final del artículo 51 LH, donde el privilegio del legatario anotado en plazo se desplaza para favorecer al legatario de especie o a cualquier otro legatario al que la legislación civil

(114) Jerónimo GONZÁLEZ ya advertía que el axioma de la prioridad sufría ciertas restricciones, pues «a veces los asientos de presentación de distinta fecha gozan de igual consideración (como en el caso de la anotación tomada por varios legatarios dentro de los 180 días siguientes al fallecimiento del testador), o no engendran privilegio que modifique la relación civil (anotaciones de embargo)» (*Matemáticas...*, cit., pág. 650).

(115) Para ROCA, la previsión del artículo 51 LH, «se halla de acuerdo con el carácter de reserva general de rango que tiene dicho plazo legal, de modo que es indiferente que se hubiere pedido la anotación al principio de tal plazo o al finalizar el mismo» (cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-1.º, 1979, pág. 172). De igual forma, GARCÍA GARCÍA estima que, como supuesto de reserva de rango que es, los titulares que obtuvieran anotación preventiva durante ese plazo tendrían todos igual rango (cfr. *Derecho...*, cit., II, pág. 786).

reconociera preferente. Si la norma, como suele afirmarse, estableciera la igualdad de rango para los legatarios anotados en plazo, se estaría concediendo al Registrador una extraordinaria facultad: la de poner y quitar rangos, previa determinación, conforme al artículo 887 CC, de qué legados habrían de ser preferentes (116). Téngase en cuenta que este precepto jerarquiza los legados en categorías distintas a las descritas en la Ley Hipotecaria. Primero, se pagarán los legados remuneratorios y luego, por orden, los legados de cosa cierta y determinada, los que el testador haya declarado preferentes, los de alimentos y los de educación, pagándose el resto a prorrata.

Desde esta perspectiva, podría comprenderse más fácilmente el significado de los artículos 50 a 54 LH. Con ellos, el legislador no había pretendido modular el principio de prioridad para privilegiar a los legatarios. Tan sólo estaba anticipando la aplicación del beneficio de separación de bienes, siguiendo alguna de las orientaciones del Código que por entonces se estaba elaborando. Años más tarde, al aprobarse su texto sin el capítulo correspondiente en la materia, aquella normativa quedaría descontextualizada, transfiriendo sus problemas hermenéuticos hasta nuestros días (117).

C) LA IGUALDAD OBJETIVA EN LA LEY DE LA HIPOTECA MOBILIARIA

La Ley de la Hipoteca Mobiliaria y de la Prenda sin Desplazamiento de Posesión sigue las pautas de la Ley Hipotecaria. Hasta el punto que la Disposición Adicional Tercera de aquélla prevé la aplicación subsidiaria de la *legislación hipotecaria* para cuando sus preceptos sean insuficientes. Con tal remisión podría parecer poco justificado el dedicar un apartado específico a la igualdad de rango. Sin embargo, el hecho de que el legislador de 1954 creyera conveniente limitar las facultades de disposición y gravamen del

(116) Y ello, en cualquiera de las interpretaciones que se le quisiera dar al artículo 887 CC. Así, poniendo como ejemplo la de Roca, seguida mayoritariamente por la doctrina, el Registrador no sería quién para valorar si la masa hereditaria se conserva íntegra o si ya ha sufrido alguna merma por actos fraudulentos del heredero. Repárese en que este autor trataba de armonizar el artículo 51 LH con el 887 CC, atribuyendo al primero la determinación de la preferencia entre los legados, para cuando los bienes de la herencia no alcanzaran a cubrir todos los legados por enajenaciones del heredero, y al segundo, la condición de resolver sobre esa insuficiencia cuando a ella se hubiera llegado por no haber dejado el causante los bienes necesarios para la satisfacción del conjunto de los legados (cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-1.º, 1979, págs. 173-174).

(117) El proyecto de Código de 1851 sólo introducía en el Título dedicado al Registro Público un único artículo, el 1.872, que remitía a la regulación sobre el beneficio de separación de bienes contenida en sus artículos 871 y sigs. Según el artículo 872, ese beneficio se *conservaba*, en relación con los inmuebles, si se anotaba el legado en el plazo de seis meses tras la muerte del causante; desde luego, toda una confirmación del tratamiento dado aquí a la afección para pago del legado.

propietario sobre el mueble gravado, y estableciera, en el artículo 2 de aquel texto, la prohibición de constituir una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, introduce un matiz de gran importancia (118). Resulta incontrovertible que el precepto limita las posibilidades de la igualdad de rango en materia de bienes muebles. Pero, de ahí a pensar que se trata de una eventualidad no realizable en este campo va un gran trecho.

En principio, no existe ninguna duda de que si sobre un mueble sólo puede actuar un gravamen, la igualdad de rango convenida con carácter sobrevenido carece de lógica. Ahora bien, esa igualdad también puede acordarse, como sabemos, al tiempo de instrumentación de los derechos que hubieran de compartir rango, siendo justamente este supuesto el que plantea mayores problemas.

Para algún autor, el convenio sobre la igualdad de rango realizado con carácter previo entre los acreedores de un mismo deudor que no han inscrito todavía sus garantías, conculcaría el artículo 2 LHM, pues, aun cuando en el tiempo en el que se hubieran instrumentado no se hallaba constituido sobre los muebles respectivos ningún otro gravamen, si lo estaría en el momento de ejecutarse cualesquiera de ellas, dado el tratamiento que a los gravámenes de rango simultáneo atribuye el artículo 227 RH (119). Siguiendo con este planteamiento, si todos esos derechos se formalizaran en una misma escritura, con inserción de la correspondiente cláusula de igualdad, el Registrador tendría este pacto por no puesto, y desestimaría la inscripción en tanto en cuanto los interesados no acordaran quien sería el único en acceder al Registro (cfr. art. 422 RH).

La interpretación expuesta, sumamente respetuosa con la literalidad del artículo 2 LHM, parece obviar el supuesto en que una misma garantía tenga varios titulares, bien desde un inicio, bien por cesión posterior de carácter parcial (120). En tal hipótesis, la ejecución separada instada por cualquiera de esos titulares se fundamentaría en el artículo 227 RH (121). En mi opi-

(118) Con la previsión se buscaba, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, otorgar a las dos instituciones que se creaban una mayor sencillez y seguridad, evitando situaciones que condujeran a colisiones de derechos y que, en el momento de la ejecución, crearan un confusio nismo perjudicial para el buen funcionamiento de ambas.

(119) Cfr. DOMÍNGUEZ CALATAYUD, «Hipoteca mobiliaria. Dos hipotecas del mismo rango sobre los mismos bienes», en *Lunes 4,30*, núm. 176, pág. 12. En el caso propuesto se pretendían constituir dos hipotecas mobiliarias sobre maquinaria industrial en garantía de dos deudas surgidas en favor de un mismo acreedor. Se entendió que lo procedente sería la novación de las obligaciones en una sola, con lo que únicamente sería necesaria la constitución de una hipoteca.

(120) Por lo que atañe a la cesión parcial, es esta una posibilidad expresamente prevista en el artículo 8 LHM.

(121) VIOLA SAURET consideraba aplicable el artículo 227 RH, *a priori*, por haberse constituido una sola hipoteca en garantía de varios créditos autónomos o de un solo crédito en indivisión, o *a posteriori*, al haberse celebrado una cesión parcial del crédito ya cons-

nión, si esta última norma encuentra ese espacio para su aplicación en relación con la propiedad mueble, sería coherente su admisión también para cuando desde un principio se tratara de asegurar, por el mismo o varios acreedores, distintas deudas (122).

IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EJECUTIVA Y SUS CONSECUENCIAS

A) LAS OPCIONES DEL LEGISLADOR PARA DISOLVER LA IGUALDAD DE RANGO CON MOTIVO DE LA EJECUCIÓN AUTÓNOMA DE UNO DE LOS TITULARES

En nuestra doctrina ha sido una constante la preocupación por cómo resolver la situación provocada por la igualdad de rango en una hipoteca, una vez hubiera llegado el momento de instar la ejecución del crédito garantizado. Aunque las distintas propuestas han sido formuladas con motivo de tratar la problemática específica de la cotitularidad en el ejercicio de tal derecho real, no existen inconvenientes en extender sus resultados a todos los demás supuestos donde se produzca una coparticipación en el rango registral. Dejando a un lado la que niega la facultad autónoma de ejecución del acreedor parciario en una hipoteca y, consecuentemente, la igualdad de rango para tales ocasiones, esas propuestas podrían clasificarse en alguna de las siguientes opciones.

1. *Asimilación de los titulares de igual rango a los de cargas posteriores*

En una primera etapa de nuestra legislación, había quien sugería que la ejecución instada por uno sólo de los acreedores implicase la cancelación total del derecho ejecutado. Se argumentaba que los acreedores no ejecutantes habrían podido intervenir en el procedimiento ya iniciado, al haber tenido conocimiento del mismo en el trámite de notificaciones dispuesto regular-

tituido (cfr. «Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios hipotecarios», en *AAMN*, t. XI [1961], pág. 456).

(122) Otro argumento a favor de la tesis sostenida parte del hecho de que es el propio ordenamiento el que restringe la aplicación estricta del artículo 2 LHM. Así, podría pensarse, con respecto a la anotación de embargo sobre un bien gravado, que la prohibición establecida en ese precepto impide también su práctica. Sin embargo, el artículo 87, regla 10.^a LHM, la admite de paso, al afirmar que en el procedimiento extrajudicial el sobrante ha de entregarse al propietario del bien «si no existieran otras personas que hubieran trabado embargo sobre ellos». Sobre este particular, *vid.* VIOLA SAURET, *ob. cit.*, pág. 470; COSSÍO Y CORRAL, «El sistema registral mobiliario», en JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, *Centenario de la Ley del Notariado*, 3.º-II, Reus, Madrid, 1962, pág. 418 y sigs.

mente por la Ley con respecto a los titulares posteriores (123). Con este planteamiento se defendía la separación estricta entre el crédito y la hipoteca que lo garantizaba, cuyo fraccionamiento no se admitía a los efectos de la ejecución por muy parciario que fuera el crédito. El ejercicio de la acción hipotecaria, se decía, debía motivar la actuación colectiva de todos los acreedores, quienes, en caso de permanecer inertes, asumirían los eventuales perjuicios que se derivaran del proceso.

En cuanto a la cancelación de los derechos de igual rango, podría hacerse siempre que se acreditara el depósito de la cantidad correspondiente a sus titulares. A partir de aquí se advertían varias posibilidades (124). La primera, o del *preferente pago*, consistía en abonar íntegramente la cuantía por la que se hubiera despachado ejecución. La segunda, o del *reparto proporcional* radicaba en computar para la distribución del remate el importe de todas las participaciones en el crédito, con independencia de quién hubiera demandado la realización forzosa del bien. La última, o del *previo depósito* arbitraba una solución en cierta medida inversa a la primera, basada en el depósito de la cantidad representada por los derechos de los no ejecutantes para, a continuación, pagar con el resto al actor.

Entre estas fórmulas, tanto la del *preferente pago* como la del *previo depósito* no serían lo suficientemente equitativas para cuando el importe alcanzando en la subasta no cubriera la totalidad del crédito. La razón: evitar la total satisfacción de unos acreedores en detrimento de otros. De ahí que se antojara mucho más justa la distribución proporcional del remate (125). Ésta sería exactamente la medida que en un principio adoptó la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para el supuesto de las hipotecas en garantía de títulos al portador. En concreto, su artículo 1.517 declaraba que ante la ejecución de una de estas obligaciones, si existieran otros títulos con igual derecho, se prorratearía entre todos el valor líquido de la venta, con entrega de su parte al ejecutante, y consignación del resto hasta la cancelación de los demás títulos (126).

(123) Cfr. LÓPEZ TORRES, «Créditos hipotecarios de igual rango», en *RCDI*, núm. 181 (1943), págs. 360-361.

(124) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, *ob. cit.*, pág. 395; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-2.º, 1979, pág. 657.

(125) Mantenido en la doctrina por LANA SANCHÍS, «Ensayo sobre créditos hipotecarios de igual rango o simultáneos», en *RCDI*, núm. 187 (1943), págs. 836-837.

(126) MANRESA destacaba la «notoria justicia» del precepto (cfr. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V, imp. Revista de Legislación, Madrid, 1891, pág. 615). También GAY DE MONTELLÁ, para quien la solución por él dispensada era, en referencia con la hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones, clara, justa y equitativa: clara, porque se basaba en el principio de la unidad del crédito; justa, pues equiparaba en su suerte a todos los titulares de igual rango, y equitativa, al repartir entre todos ellos lo obtenido en la subasta (cfr. «La ejecución hipotecaria del art. 155 de la Ley y las Sociedades Civiles de Obligacionistas», en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil*, Mone-

2. Equiparación de los titulares de igual rango a los de cargas anteriores

Frente a la asimilación de los titulares con igual rango a los de rango posterior, existía otra corriente que postulaba por la intangibilidad de sus derechos ante la ejecución solicitada por uno de ellos. De esta manera, todos los asientos que según el Registro no fueran posteriores deberían subsistir tras la ejecución. El principal defensor de esta teoría era ROCA SASTRE, que recurría a la analogía con el supuesto contemplado desde la reforma de 1909 en el artículo 155 LH, relativo a obligaciones transmisibles por endoso o al portador (127). El precepto derogaba la regla del artículo 1.517 de la Ley procesal a fin de verificar la subasta con deducción del valor del resto de títulos que hubieran sido emitidos simultáneamente, dejando incólume la hipoteca por esa cantidad y entendiendo que el rematante la aceptaba y se subrogaba en ella.

3. El sistema mixto a elección del ejecutante

Desde su introducción, también en 1909, el artículo 127 LH permite la ejecución de uno o más de los plazos de una hipoteca de amortización periódica, señalando que «si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes». De esta manera, se reconoce en beneficio del mejor postor la alternativa de decidir qué se hace con la parte de crédito aún no vencida: si ha de subsistir la hipoteca en garantía de los plazos restantes, por haber sido asumida por esa persona, o si debe procederse a su cancelación. En este caso, la cantidad depositada pasaría a cumplir, por el mecanismo de la subrogación real, su misma función aseguratoria.

Pues bien, esta fórmula fue extendida por la Resolución de 26 de noviembre de 1917 al caso que nos ocupa. En ella se trataría sobre la ejecución instada por dos usufructuarios de un crédito por su totalidad, quienes en su demanda habían solicitado se depositase el remate. Una vez ejecutada la finca, el Registrador rechazó el mandamiento de cancelación por la indefensión creada para el resto, los cuales no habían tenido intervención en el proceso. El Centro Gubernativo reprobó la conducta, al estimar la aplicación analógica del artículo 127 LH, más adecuada que la del artículo 155 LH. La configuración de las hipotecas reguladas en este último precepto como hipo-

tario y Bursátil [conferencias del cursillo del año 1953], Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1944, pág. 82).

(127) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-2.º, 1979, pág. 658 y sigs.

tecas de seguridad y no de tráfico, y el hecho de que la ejecución hubiera transcurrido por los trámites del procedimiento ordinario, ámbito propio del artículo 127 LH, le sirvieron de fundamento (128).

En consecuencia, la Dirección General se inclinaba por un sistema opcional entre la pervivencia de los gravámenes de igual rango y el *de depósito previo* (129). No obstante, atendiendo con exactitud al tenor de la Resolución, se observa lo coyuntural de su discurso, cuyo sentido habría sido seguramente distinto si el remate no hubiera cubierto todas las participaciones concurrentes y hubiera llegado finalmente a distribuirse.

B) EL MODELO SEGUIDO EN EL ARTÍCULO 227 RH

De entre las distintas fórmulas descritas, el Reglamento Hipotecario de 1947 se decidió a establecer en su artículo 227 RH la equiparación de los titulares de igual rango a los inscritos anteriormente. De este modo, se consagraba para todos los supuestos de coparticipación del rango la máxima de la subsistencia predicada por el artículo 155 LH para las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador. Con ello, también se admitía la tesis

(128) La Resolución de 9 de diciembre de 1935 también impugnaba la pretendida analogía con el artículo 155 LH. El supuesto versaba sobre una hipoteca constituida a favor de dos personas. Por incumplimiento del deudor, los acreedores entablan de modo conjunto el oportuno procedimiento de ejecución sumaria, el cual se paraliza al haberse solicitado la tasación pericial del inmueble. Justo en ese momento, uno de los acreedores cede su parte a un tercero, quien, a continuación, se decide a solicitar en un nuevo juicio la ejecución únicamente de su parte. Así las cosas, se producen dos adjudicaciones: la primera, en el procedimiento abierto por el cesionario, donde sólo se mandó cancelar la cuantía del crédito que le correspondía; la segunda, en el procedimiento solicitado en su día por los dos acreedores originarios. Sucede que cuando llega al Registro el testimonio de esta última adjudicación, se rechaza por el encargado en atención a que esa enajenación no se había hecho en nombre del adjudicatario sino del antiguo propietario deudor, y a que la inscripción ahora pretendida generaba un conflicto cuya solución competía a los Tribunales. La Dirección se muestra algo menos explícita que en su Resolución de 1917, aunque parece seguir el planteamiento expuesto en favor de la indivisibilidad del vínculo. En tal sentido, advertía que en créditos de igual preferencia no cabía pagar íntegramente al ejecutante y dejar lo que restara al otro acreedor, cubriera o no el importe de su crédito, pues debían estimarse como uno solo a los efectos de su pago, quedara subsistente alguno de ellos o se depositara su importe. El supuesto llegaría al Supremo quien se pronunciaría sobre él en su Sentencia de 10 de marzo de 1947, citada al principio de este estudio.

(129) No es exacto, como decía LOZANO, que la Resolución reconociera a los interesados la opción entre el criterio de la subsistencia de la regla 8.^a del artículo 131 LH y el de la cancelación de la regla 16.^a de ese mismo precepto (cfr. «Particularidades del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria cuando existen varios créditos hipotecarios sobre una misma finca», en *RDP*, núm. 57 [1918], págs. 193-194). Sin embargo, por lo que respecta a la última de esas reglas, habría de tenerse en cuenta que la Resolución no propugnaba la simple cancelación de las cargas simultáneas, sino su cancelación *previo depósito*.

de ROCA, que había criticado a la Resolución de 1917, acerca de la escasa similitud que la división subjetiva de un crédito guardaba con la de carácter objetivo del artículo 127 LH (130). Téngase en cuenta que en ésta el crédito sólo vence en la cantidad no amortizada en el plazo o plazos de que se trate, mientras que en aquélla el vencimiento es total en relación con el conjunto de acreedores (131).

Contra el artículo 227 RH cabría objetar el perjuicio que ocasiona al ejecutante, quien además de haber soportado la carga del proceso, ha de ver como los demás acreedores, a pesar de su inactividad, conservan intactos sus derechos. Además, al considerarlos preferentes, el valor de la finca habrá de depreciarse en la subasta, haciendo muchas veces complicada la satisfacción íntegra del actor. Sin embargo, la solución contraria presentaría iguales o mayores desventajas pues se premiaría, incluso en detrimento del propio deudor, a aquel de los acreedores que primero hubiera ejecutado. Por ello, podría decirse que la subsistencia de cargas y gravámenes se antoja la regla más clara y equitativa entre todas las posibles (132).

C) LA DEROGACIÓN VOLUNTARIA DEL PRECEPTO

La subsistencia de las cargas de igual rango decretada por el artículo 227 RH no goza, a pesar de contenerse en sede procesal, de una especial consideración respecto de las demás normas que disciplinan el rango hipotecario. Así, podrá ser derogada por la voluntad de quienes resulten ser sus beneficiarios. En este sentido, la práctica ha puesto de relieve la existencia de dos pactos, el de ejecución simultánea y el de postergación automática en caso de no ejecución simultánea del crédito, relativamente frecuentes cuando se prevé que distintos acreedores vayan a tener idéntico rango.

(130) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *ob. cit.*, IV-2.º, 1979, pág. 657 y sigs.

(131) Como indicaba LÓPEZ TORRES, hablando del artículo 135 LH, que, restringiendo la fórmula opcional del artículo 127 LH, imponía para el procedimiento judicial sumario la subsistencia de la hipoteca por los plazos pendientes: «naturalmente que en los plazos no vencidos no puede surgir la fuerza ejecutiva de la hipoteca, y el adquirente o el adjudicatario se subroga en la obligación que pesaba sobre el anterior titular de la finca: exactamente igual que tiene que aceptar las cargas preferentes. Pero éste no es el caso de los llamados créditos simultáneos, ya que aquí el vencimiento es total y en el mismo plazo para ambos acreedores, lo cual determina la no exacta correlación entre los supuestos enunciados» (*ob. cit.*, pág. 364).

(132) Para DE LA RICA Y ARENAL, el único medio que evitaría los perjuicios derivados de cualquiera de las fórmulas señaladas consistiría en arbitrar la ejecución simultánea de todos los derechos concurrentes; sin embargo, como ello no es posible, el artículo 227 RH tiene la virtud de plasmar un criterio lo suficientemente claro como para que todos los interesados sepan a qué atenerse (cfr. *ob. cit.*, pág. 396).

En virtud del primero de ellos, los distintos titulares se comprometen a instar la ejecución colectiva si el deudor llega a incumplir sus obligaciones con tan sólo uno de ellos. Aquí, la incidencia sobre los efectos del artículo 227 RH es indirecta. Las partes se obligan inmediatamente a no ejecutar separadamente su crédito con lo que evitan mediatamente la futura aplicación del precepto. Sobre la validez y eficacia de este pacto se presentan una serie de dudas.

En principio, se ha decir que no plantea inconvenientes en los supuestos de solidaridad o de mancomunidad en sentido estricto. En los primeros, resulta inconcebible, al contradecir la intención de las partes cuando establecieron ese vínculo de solidaridad. En los segundos es inútil, ya que los distintos acreedores no pueden ejecutar de otro modo sino en conjunto. Por el contrario, cuando la igualdad se fundamenta en una cotitularidad de orden parciario, al margen de la hipótesis específica de la sindicación de créditos, en la que la agrupación colectiva a la hora de ejercitar la acción hipotecaria es consustancial a su régimen (133), la viabilidad legal de esta estipulación se basa, a pesar de la reputación de cada cuota como crédito autónomo, en la unidad del crédito, unidad que justifica el mismo tratamiento para todos los «subcréditos»; piénsese, además, que si el pacto no fuera admitido, se llegaría a la absurda conclusión de que el coacreedor impagado al vencimiento de su crédito «no tendría forma de reclamarlo por acción real hasta tanto se extingan por pago o queden impagados los créditos de todos los demás acreedores» (134).

La cuestión se complica si la igualdad tiene un carácter objetivo. En efecto, para el supuesto en que sobre una finca compartieran rango dos hipotecas, cabría preguntarse hasta qué punto el deudor que viene cumpliendo con las obligaciones derivadas de una de las hipotecas debe someterse a una ejecución global, cuando sólo han sido perjudicadas las expectativas del titular de la otra hipoteca. En este sentido, habría de tenerse muy presente, por

(133) En algunas escrituras de préstamos sindicados se suele reflejar como una de las facultades del Banco Agente la de abrir la fase ejecutiva, asumiendo la representación de la colectividad de acreedores a lo largo de sus trámites. En otras, se prevé la necesidad de contar con el voto unánime o, al menos, mayoritario de los acreedores para poder abrir este expediente.

(134) AZPITARTE CAMY, *ob. cit.*, pág. 363. En contra de esta opinión, GÓMEZ GÁLIGO entiende que «si los créditos garantizados están desconectados entre sí o se configuran como créditos distintos (mancomunidad) con su propia virtualidad, en estos casos, no parece que pueda pactarse el vencimiento de los demás por impago de alguno de los otros; es decir, no cabe entremezclar las distintas categorías, pues ello significaría ir en contra de los principios hipotecarios de claridad, especialidad, y accesoriidad de las hipotecas, a los que debe acomodarse el de libertad de pactos del artículo 1.255 CC» (*Práctica hipotecaria. Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral*, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1994, pág. 220). Llegando a idéntico resultado, GARCÍA GARCÍA opina que en el caso de hipotecas por cuotas, en las que se haya señalado el porcentaje de cada acreedor, convendría estipular la igualdad de rango, ya que, en caso contrario, podría negarse la ejecución instada por un solo acreedor, al no haber sido consentida esta posibilidad por el deudor (cfr. *El procedimiento...*, cit., pág. 114).

un lado, la doctrina de la Dirección General, tan poco partidaria de admitir a inscripción pactos de vencimiento anticipado que prescindieran del cumplimiento actual y efectivo por parte del deudor (135).

Asimismo, si se veta la cláusula, el convenio sobre la igualdad perdería mucho sentido, pues, sin ella, los intervinientes no podrían eludir la inmediata postergación de su derecho para cuando fueran a la ejecución. Y lo que parece más grave, de no llegarse a convenir la igualdad, es muy factible que los recursos financieros del deudor queden fuertemente mermados, habida cuenta de las trabas que para la contratación le pondrá quien le habría de prestar dinero estando inscrita sobre la finca otra hipoteca.

En virtud de las razones expuestas y los distintos intereses en presencia, ha de mantenerse la licitud de la habitual cláusula de ejecución simultánea siempre que hubiera sido refrendada por el hipotecante, quien, en definitiva, habrá de sufrir sus consecuencias; en otro caso, una cláusula de ese tenor sería manifiestamente abusiva y, por tanto, nula (136). A esta solución conduce, sin ningún género de dudas, el sentido del artículo 693.2 LEC. El precepto ha venido a sancionar la controvertida práctica de ejecutar un préstamo hipotecario por la totalidad del capital, cuando sólo se hubiera dejado de amortizar alguno de sus plazos. Para ello, se exigen dos requisitos: que se convenga expresamente y que ese convenio se inscriba en el Registro.

En estrecha relación con la cláusula de ejecución simultánea se encuentra la que podría denominarse de postergación automática en caso de no ejecución simultánea. Con ella los acreedores establecen, para asegurar sus posibilidades de cobro, un instrumento que garantice al tiempo la realización de todos sus créditos, o tratándose de un crédito en régimen de cotitularidad, de su totalidad. Quienes no la respetaran serían castigados con su postergación respecto de los acreedores que se decidieran por ella, los cuales, de otro modo, hubieran pasado a tener peor rango (137).

Estamos ante una estipulación sobre el rango hipotecario perfectamente válida siempre que, aun cuando sus firmantes no lo hubieran previsto, se requiera, con anterioridad a la interposición de la demanda, a todos los acreedores, a fin de que participen en la ejecución proyectada (138). De no cum-

(135) *Vid.* Resoluciones de 23 de octubre de 1987, 22 de julio de 1996 y 15 de julio de 1998.

(136) Un buen ejemplo podría producirse cuando la igualdad se pactara entre dos hipotecas ya inscritas.

(137) GINER GARGALLO expone un modelo con el siguiente tenor: «para que uno de los acreedores pueda proceder a la ejecución debe requerir previamente a los demás acreedores, los cuales, en el plazo de treinta días, deben expedir un certificado con la cuantía debida a ellos y unirse a dicha ejecución. Si incumplen lo anterior, el derecho de éstos pasará a segundo rango» («Hipotecas de igual rango con posposición automática de no ejecución simultánea», en *BCRE*, núm. 27 [1997], pág. 1823).

(138) La cláusula es válida, pues su objeto no consiste en alterar las normas del procedimiento de ejecución, que, como se sabe, son de orden público, sino en regular

plirse con ello, no parece que el Juez pudiera ordenar la práctica de tales requerimientos, debiendo despachar la ejecución por el montante exclusivo del acreedor demandante, y respetando, con ello, los derechos de los demás acreedores.

La cláusula de postergación por falta de ejecución conjunta, en las hipótesis de igualdad objetiva, consumaría la existencia en un mismo título de dos negocios sobre el rango: el primero, por el que se equiparan a los efectos registrales distintas cargas o gravámenes, es firme y de él se deriva la directa aplicación del artículo 227 RH; el segundo, accesorio del anterior, se halla sometido a la condición de que cualquiera de los titulares permanezca inactivo ante la ejecución. Ahora bien, sabemos que, salvo consentimiento del deudor, a la ejecución sólo podrían acudir los titulares respecto a los cuales aquél hubiera incumplido, circunstancia esta que explicaría porqué este pacto suele acompañar al de ejecución simultánea antes visto (139). En cualquier caso, lo acompañe o no, precisará siempre del consentimiento expreso del hipotecante y de inscripción en el Registro.

RESUMEN

HIPOTECA

En este estudio se analizan, desde un punto de vista integral, las señas de identidad de la igualdad de rango hipotecario, cuya utilidad en el tráfico justifica un tratamiento mínimo de sus presupues-

ABSTRACT

MORTGAGE

This study takes a comprehensive standpoint to analyse the identifying characteristics of equality of mortgage rank, a concept whose usefulness in business justifies some minimum discussion of its

el rango hipotecario. Ahora bien, para su admisión será preciso el establecimiento de un sistema claro para acreditar suficientemente el incumplimiento por parte de cualquiera de los titulares de la condición de no acudir a la ejecución solicitada (cfr. GINER GARGALLO, *Hipotecas...*, cit., pág. 1853).

(139) El SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE BILBAO propone el siguiente supuesto: en una escritura se pacta la igualdad de rango de dos préstamos hipotecarios cuyo acreedor es una misma persona. Del mismo modo se conviene el vencimiento anticipado para el caso de que el deudor subrogue a un tercero en alguno de los créditos, especificándose, para el caso en que cualquiera de ellos pasara a manos de un tercero, que el ejercicio de la acción hipotecaria por uno de los acreedores debería ser notificado al otro, quien en ese momento podría dar por vencido su préstamo; si así no lo hiciera, perdería la «preferencia» de su garantía. El pacto fue admitido, ya que evitaba que el deudor cumpliera con uno solo de los acreedores, castigando al otro con la subsistencia *ex* artículo 227 RH de la otra hipoteca como carga preferente. Aunque no se pronunciaba acerca de la cláusula de vencimiento anticipado por subrogación, nula por atentar directamente contra la regulación del artículo 1.211 CC y la Ley de 1994 sobre la materia, acertaba el SEMINARIO al entender que la correspondiente al vencimiento anticipado por ejecución no simultánea debía de constar expresamente en el apartado específico de la escritura en la línea del artículo 693 LEC.

tos. En alguna medida extraña a las pautas clásicas que hacen a la prioridad registral —ancladas en la jerarquización de los títulos según un orden de ordinario temporal—, la figura puede surgir por voluntad de los particulares o también, aunque tal resultado no lo identifiquen expresamente, por obra de ciertas referencias normativas; tal sería el caso de las anotaciones de los acreedores para cuyo pago fuera adjudicado un bien conforme al artículo 45 LH.

En su clasificación básica, la igualdad de rango puede considerarse objetiva o subjetiva: objetiva, cuando los titulares que compartan rango ostenten un derecho de carácter independiente, por ejemplo, dos hipotecas; subjetiva, en los supuestos en los que se trate de un único derecho con varios titulares y éste sea susceptible de ejecución. Para esta segunda hipótesis no cabría hablar propiamente de igualdad de rango, dado que sólo existiría un solo derecho; sin embargo, el artículo 227 RH, al señalar la «preferencia de las cargas y gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor», extendería su solución al respecto.

Objetiva o subjetiva, la igualdad de rango podría tener, a su vez, carácter originario o sobrevenido. La distinción resulta de gran importancia, puesto que el hecho de que sea de uno u otro tipo comportará una mayor o menor organización, un mayor o menor grado de previsibilidad para los implicados. La sucesión mortis causa por varias personas en un derecho inscrito inicialmente a favor de un único titular ilustraría cuanto se dice.

underpinnings. To some extent foreign to the classic guidelines that shape priority of registration (which are anchored to the hierarchical organisation of titles according to order in time), equality of rank may arise because the persons involved so wish, or also by the action of certain legislative references (although said references do not expressly identify this result); such would be the case of cautions concerning lenders for whose payment some property has been awarded pursuant to article 45 of the Mortgage Act.

In its basic classification, equality of rank can be looked at objectively or subjectively: objectively when the holders who share rank hold independent rights (for example, two mortgages); subjective where what is at issue is a single right with several holders and the right is liable to enforcement. For this second hypothesis one could not truly speak of equality of rank, as there would only be a single right; however, article 227 of the Mortgage Regulation, in stating the «preference of charges and encumbrances that are simultaneous or of the same rank as the plaintiff's credit», would extend its solution to this case.

Whether objective or subjective, equality of rank could in turn be from origin or supervening in nature. The distinction proves to be of great importance, because the fact that it is of one type or the other will entail a greater or lesser organisation, a greater or lesser degree of foreseeability for the persons concerned. Succession mortis causa by several persons to a right registered initially in favour of a single holder would illustrate this.

(Trabajo recibido el 30-10-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

A mi Facultad, en su IV centenario.

SUMARIO

- I. AMBIVALENCIA EFECTIVA DE LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIACIÓN.
- II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES:
 1. NOTAS CONSTITUTIVAS: PREDISPOSICIÓN, HABITUALIDAD E IMPOSICIÓN.
 2. FIGURAS AFINES: CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PACTOS NO SUSCRITOS INDIVIDUALMENTE. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.
 3. FISONOMÍA JURÍDICA: DEL NORMATIVISMO A LA CONTRACTUALIDAD MITIGADA.
 4. CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA LEY ESPECIAL.
 5. RELIEVE Y CONTENIDO NEGOCIAL:
 - a) *Condiciones generales de la contratación y economía de mercado.*
 - b) *Alcance subsidiario en el conjunto del convenio.*
- III. RÉGIMEN JURÍDICO:
 1. BENEFICIARIOS DE LA DEFENSA JURÍDICA. LA LEY 44/2006, DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.
 2. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO: CONOCIMIENTO POR EL ADHERENTE MEDIO.
 3. PURGA DE LAS CONDICIONES GENERALES ILÍCITAS E INTEGRACIÓN POSTERIOR DEL CONTRATO:
 - a) *Nulidad y no incorporación.*

- b) *Cuestiones de legitimación activa.*
 - c) *Recomposición del convenio mutilado de cláusulas ilícitas.*
4. ESPECÍFICAS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN:
- a) *La exégesis jurídica como límite de las condiciones generales.*
 - b) *Control de las condiciones sorprendentes.*
 - c) *El favor del adherente y de su concreta voluntad.*

IV. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA.

I. AMBIVALENCIA EFECTIVA DE LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIACIÓN

Las condiciones generales constituyen un proceso emergente y casi universalizado en el mundo de la contratación. Aparecen muy ligadas a ciertos sectores específicos del tráfico jurídico, por otra parte imprescindibles en la esfera del *Estado de bienestar* en que vivimos. Todos atesoramos amplia experiencia propia en el asunto. Cualquiera que suscriba un contrato de suministro —por muy prosaico que se considere su objeto: electricidad, teléfono, gas...— asume la presencia de las condiciones generales en su contenido. Idéntico sucede con otras esferas básicas de nuestro entorno jurídico, como son los seguros (1), el crédito (2), el transporte (3)... y hasta la compra de ordenadores, electrodomésticos y automóviles. Buena prueba constituyen los precedentes jurisprudenciales con que se cuenta en la materia (4).

(1) Los autores de Derecho Privado —Civil y Mercantil— se han hecho eco del problema. No es posible ofrecer sino un panorama de las aportaciones más sobresalientes. Aparte de los nutridos estudios que recoge la *Revista Española de Seguros*, destaca en este sector BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro*, Madrid, 1999.

(2) Cabe señalar —además del clásico GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975— para la disciplina crediticia, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXV-I, 1982, pág. 41 y sigs.; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, M., «Condiciones generales en la contratación financiera», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 651, 1999, págs. 389-440; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Cádiz, 2002.

(3) Cfr. GARRIDO PARENT, D., «Las condiciones generales del contrato de transporte aéreo de pasajeros y de su equipaje», en *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2007, pág. 15 y sigs.

(4) La cita de jurisprudencia que incluyo respeta su carácter técnico (cfr. art. 1.6 CC), que incluye decisiones (incluidos Autos) de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo español (en adelante, STS o ATS), si bien incidentalmente aludo a fallos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. También constan las sentencias más sobresalientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJCE). La enorme abundancia y dispersión de sentencias dictadas por las Audiencias imposibilitan su examen provechoso y coherente a los fines que me ocupan, por lo que huelga su alegación.

Las condiciones generales traducen en la práctica, como pocos argumentos teóricos podrían representar en la teoría, las distintas posturas de los contratantes en la relación jurídica que les vincula. Una de las partes impone a la otra el contenido del negocio, amparándose para ello en su preponderancia económica dentro del sector de que se trate. Observadas las cosas en el mundo de las ideas, bien cabe colegir que tal dato arruina los más elementales presupuestos que diseña el ordenamiento jurídico para el contrato, basado en el poder equivalente de las partes. Sin duda este desequilibrio en las situaciones jurídicas de los contratantes deja en evidencia el prejuicio del liberalismo humanista plasmado en el dogma de igualdad, y responde mejor al neoconservadurismo económico.

A raíz de tan notorios hechos, cabe interrogarse por qué se aceptan dichas fórmulas negociales y acerca de las medidas que previenen las leyes en su combate. Atendiendo a la realidad sobre otro tipo de consideraciones abstractas, tampoco puede negarse que, convenientemente purgadas de sus extremismos, estas modalidades de contratación aportan mucho a un mercado abierto y democrático, en el que amplias capas de la población se ven favorecidas por su acceso a productos y servicios antes reservados a las fortunas más pudientes. El mecanismo que lo hace posible reduce al unísono los gastos de producción y puesta en tráfico. Eso se consigue a través de modelos norma-

Propondré algunos ejemplos ilustrativos. En cuanto a la *cláusula de sumisión a fuero*, se censura en las SSTs de 18 de marzo, 29 de junio y 5 de julio de 1995 (cfr. su comentario por LETE ACHIRICA, J., «Cláusulas de atribución de competencia en contratos con condiciones generales», en *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, págs. 498-506); 21 de junio, 8, 20 y 30 de noviembre y 4 de diciembre de 1996; 12 de mayo y 5 de julio de 1997; y 31 de enero y 20 de febrero de 1998. Sin embargo, resultan más comprensivas con el asunto la STS de 31 de octubre de 2000 y el ATS de 4 de junio de 2004. Asimismo, en el ámbito comunitario, mientras la STJCE de 29 de junio de 1994 se muestra proclive a su admisión, se opone a ella la STJCE de 27 de junio de 2000. Para la disciplina de los seguros destaca la distinción entre *cláusulas definidoras y restrictivas del riesgo*, contenida en multitud de sentencias, entre las que destacan las de 28 de febrero y 9 de noviembre de 1990; 11 de abril, 10 de junio, 23 de septiembre y 27 de noviembre de 1991; 16 de octubre de 1992; 9 de febrero (comentada por CALZADA CONDE, M. A., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, 1994, págs. 526-536) y 14 de junio de 1994; 29 de enero de 1996; 24 y 26 de febrero de 1997; 18 de septiembre de 1999; 30 de marzo, 16 de mayo y 16 de octubre de 2000; 17 de abril de 2001; 8 y 13 de julio y 23 de octubre de 2002; y 20 de marzo y 27 de noviembre de 2003. Por último, respecto de *contratos bancarios* puede señalarse la STS de 24 de diciembre de 2002. Es de recordar que con arreglo al artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios». El artículo 90.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) establece, bajo el epígrafe «*Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable*», que lo será «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble».

lizados de circulación jurídica y garantías. En su esencia está que se imponga dicho *modus operandi*, pero que, a su vez, resulte siempre relativamente accesorio y por completo inocuo.

Este *medio virtus* lucra beneficios en ambos polos de la contratación. Además, a mi juicio, representa la mejor óptica, útil y realista, en su estudio, lejos de dogmatismos obstruccionistas y estériles. Excelente prueba de cuanto afirmo constituye la seguridad, basada en mi experiencia, de que cuantos se asomen a estas páginas tienen suscritos múltiples contratos bajo condiciones generales. Sospecho que la inmensa mayoría sin haberlas leído con detenimiento y, mucho menos, estudiado a fondo. No pienso ya en el común de los mortales: me refiero a jueces, abogados, procuradores, fiscales, notarios, registradores, funcionarios, asesores... juristas en general. En mi concreta hipótesis, y creo extensible la presunción, opero con la certeza de que me protegerá el ordenamiento jurídico frente a los posibles abusos que tales cláusulas pudieran albergar, máxime cuando gracias a su presencia se garantizan mecanismos objetivos y simples de procedimiento ante futuras quejas.

Con estas premisas, abordo el análisis de las condiciones generales de la contratación como fenómeno válido para conseguir los fines que las justifican. En pura lógica, tampoco se omiten los sistemas jurídicos de su control y, en su caso, purga del universo jurídico por mostrarse lesivas.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

1. NOTAS CONSTITUTIVAS: PREDISPOSICIÓN, HABITUALIDAD E IMPOSICIÓN

La primera de las cuestiones suscitadas sobre la materia es la que concierne a su noción jurídica. Sin perjuicio de las propuestas doctrinales que se han venido sucediendo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998 (5), procede a definir las ya en su inicio. A su tenor, resultan *«las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la au-*

(5) En adelante, LCGC. Modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (*de medidas fiscales, administrativas y del orden social*); por la Ley 39/2002, de 28 de octubre (*de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*); y por la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, *sobre mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (en adelante, LMPCU). Dejada intacta por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hasta el punto de que *«los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación»* (art. 59.3 TRLGDCU).

toría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes» (art. 1.1 LCGC). En síntesis, vale decir que aglutinan tres notas características: prerredactadas, impuestas y habituales (6).

En efecto, tales cláusulas provienen de la voluntad exclusiva de una de las partes, que se denomina «*predisponente*» —«*toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*» (art. 2.2 LCGC) (7)—, al margen de que se materialicen o no a través de la tarea de un tercero extraño a la concreta relación jurídica entablada. Esto equivale a reconocer que los profesionales de concretas ramas del tráfico económico utilizan a menudo fórmulas de contratación comunes y hasta inducidas por colectivos que defienden corporativamente sus posiciones (8). Las idílicas *leyes del mercado* pierden no escasa imparcialidad por obra de la sindicación más o menos encubierta de los intereses de grupo dominantes. Así se desenmascara la espontánea formación de oferta y demanda (cfr. art. 1.262 CC), como axioma supremo y pretendidamente objetivo que regula una economía tildada de *abierta*.

(6) La doctrina coincide con los conceptos legales, como no podía ser de otra manera, pero discrepa en el modo de presentarlos: cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Madrid, 1999, pág. 234 y sigs.; y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999, pág. 112 y sigs.

La STS de 7 de junio de 2005 ilustra bien una hipótesis concreta: «la cláusula discutida no puede conceptuarse de carácter general, ni siquiera está prerredactada formando parte del cuerpo del contrato, y el consumidor ha podido eludir fácilmente su aplicación, puesto que lo pactado era la entrega de la cantidad final en la Notaría al momento de la firma de la escritura pública sin que la vendedora impusiera la formalización de préstamo alguna, sino que esta modalidad fue libremente elegida por los compradores, quienes eran plenamente libres de firmar la cláusula adicional o no firmarla, pues bastaba que se personaran en la Notaría con el resto del precio para obtener el bien objeto del contrato de compraventa; a lo que añade que ni siquiera se ha demostrado que, a pesar de su condición de anexa, la constructora la impusiera *de facto* a todos los compradores de los pisos».

(7) Cfr., sobre su alcance real, BADENAS CARPIO, J. M., «Comentario al artículo 2 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 37 y sigs.

(8) Una excelente prueba proporciona la STS de 3 de octubre de 2005, sobre un contrato «que calificaba de adhesión, por el cual Iberia debía prestar los servicios variados que exige el aterrizaje de aeronaves de la actora (carga y descarga de equipajes, traslado de pasajeros, suministro de comida, combustible, etc.)»; dicho «contrato de *handling*, que regulaba las relaciones entre las sociedades aéreas litigantes, no fue redactado por la demandada y recurrida Iberia, sino que la misma y la recurrente dieron por reproducido en su contrato de 29 de junio de 1993 el contrato normalizado de asistencia en tierra de 1988, incluyendo el artículo 8 sobre responsabilidad (se dice expresamente), y este último contrato normalizado es el utilizado por IATA (Asociación del Transporte Aéreo Internacional)».

El carácter de prerredactadas de las condiciones generales participa de un destacado matiz objetivo y a la perfección cuadra con el rótulo del precepto (cfr. STS de 22 de abril de 2005). Ahora bien, si el promotor dispone a su alcance y de antemano de las condiciones generales no es por otra cosa que gracias a su firme aspiración para utilizarlas de manera oportuna y profusa. Luego a la faceta objetiva de los clausulados predispuestos acompaña el subjetivo ánimo de introducirlas habitualmente. El reconocimiento que hace de dicha nota el artículo 1 LCGC es obvio, pues han «*sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes*». Es decir, que constituye un elemento teleológico que integra la órbita volitiva, de prueba muy evanescente. Como consecuencia, el carácter habitual de las condiciones generales pierde fuerza, pues, en último extremo, se trata de un propósito sostenido en quien las impone; y, entonces, no debería exigirse de suyo una proyección efectiva y reiterada en otros contratos impuestos por el profesional. Equivaldría eso a confundir los deseos con las realidades. Desde luego, cuando suceda, la evidencia estará servida, pero sin olvido de otros cauces mientras el indicio se resista. Será un valioso dato su repetición por diversos profesionales en el mismo sector de actividad económica. En suma, la teoría exige habitualidad en las condiciones generales, pero su concreta formulación arruina el componente práctico y efectivo del requisito.

Dichas condiciones generales prerredactadas y con la vocación de su común empleo por un profesional, resultan impuestas por una parte a la otra en ejercicio de dominio previo, ya en la vertiente jurídica o —más ordinaria—, económica. Por tanto, su «*apariencia*», «*extensión*» y «*cualesquiera otras circunstancias*» externas devienen irrelevantes, al no variar el signo del fenómeno que representan. Algunas decisiones judiciales ayudarán a entender mejor el significado técnico de la imposición. La STS de 21 de diciembre de 2000 repasa la trayectoria jurídica sufrida por la noción de condiciones generales a partir de la Ley 26/1984, *General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* (en adelante, LGDCU) y la Directiva Comunitaria 13/93 *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (9). Concluye que «no es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir

(9) A decir de la sentencia, esta sucesión temporal de normas «no permite abrogar los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por el artículo 10.2 de la Ley 26/1984, para en su lugar acoger el concepto amplísimo de cláusula contractual abusiva que se contiene en el punto 3 de la Directiva 93/13. En él basta que el consumidor “no haya podido influir sobre su contenido” a propósito de cláusulas redactadas previamente, lo que convierte en realidad a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado punto 3. En cambio, el artículo 10.2 de nuestra Ley 26/1984 requiere que la aplicación “no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”».

su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios se muestra así más restrictiva, no basta que existan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad». La falta de armonía entre las normas de transposición interna y la Directiva citada repercute muy negativamente sobre la opinión del Tribunal de las Comunidades, que ha fallado en este aspecto contra España, provocando la necesaria, si bien tardía reforma por Ley 44/2006, de 30 de diciembre, que luego comentaré *in extenso* (10).

Con este bagaje, afronta la hipótesis en que un individuo suscribe a propósito varios contratos de apertura de cuenta corriente. Como quiera que los estima contrarios a sus derechos e intereses legítimos, insta de inmediato la correspondiente acción judicial en su defensa. Instrumenta la denuncia sobre un conjunto de cláusulas abusivas, incorporadas a condiciones de la contratación tan generales que resultaban comunes a las diversas entidades crediticias, en clamorosa conducta unitaria. La contestación a la demanda opuso, con pericia y oficio, que mal podía impedir el juego de condiciones generales quien no sólo calló en su momento cualquier óbice para suscribirlas —*qui alegans propriam turpitudinem nemo auditur*—, sino que voluntariamente buscaba incorporarlas para ganar legitimación en su combate. Luego serían tan impuestas como inducidas por el propio actor.

El sentir de la jurisprudencia en este conflicto no es unánime y varía con el tiempo. La STS de 31 de enero de 1998, siguiendo la estela de la STS de 20 de noviembre de 1996 (11), reafirma que «no es desacertado calificar a una persona que apertura tres cuentas corrientes en prácticamente veinticuatro horas y en tres bancos distintos (como está probado que lo hizo el señor A. F., lo mismo que está probado que no tuvo ninguna necesidad, y que firmó los impresos correspondientes sin tomarse la más mínima molestia en leerlos o discutir su contenido, aunque fuese en un mínima parte), calificarla, decimos, como provocadora del pleito, cuyos intereses no merecen absolutamente ninguna protección en esa dirección. En estas circunstancias no se puede decir que las condiciones generales cuya declaración de nulidad se postula hayan sido impuestas al usuario».

(10) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Protección de los consumidores», en *Aranzadi Civil*, núm 19, 2007, pág. 11 y sigs.

(11) Se trataba de un pleito que insta el responsable de una Unión de Consumidores y Usuarios (UCE) en denuncia de las condiciones generales de carácter abusivo contenidas en contratos de cuenta corriente comunes a varias entidades de crédito. La sentencia falla en su contra, porque no «ha probado, ni intentado siquiera, que éste intentó evitar la aplicación de las condiciones generales que reputa nulas, seguramente por su dificultad». Como alega la STS de 29 de septiembre de 2005, «la cláusula controvertida se pudo eludir, en cuanto que fue negociada individualmente» (cfr. STS de 28 de febrero de 2002).

Contrario sensu, la STS de 21 de diciembre de 2000 «se plantea, si puede entenderse de abuso manifiesto y patente que una persona que suscribe distintos contratos de cuenta corriente ejerza los derechos que la propia Ley concede y que ello pueda ser determinante de un supuesto abuso del derecho». Pretensión acogida en el fallo de instancia —«dicho actor, como jefe del área financiera de la codemandada, procedió a la apertura de cuentas corrientes en varios bancos, entre ellos el Banco Exterior de España, con pequeñas cantidades, no con ánimo lícito, sino con intención de aprovechar esos contratos bancarios para otras tantas demandas contra los mismos, lo que supone sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio en derecho»—, pero desestimada en casación. En efecto, «con independencia de que pudiera no ser una conducta habitual en cuanto a los comportamientos negociales, la existencia o apertura de varias cuentas corrientes con varios bancos entre ellos el demandado, ello, en principio, tampoco puede calificarse con un juicio negativo o de reproche, pues, según las circunstancias, esa conducta puede obedecer a diversas motivaciones atendibles en defensa de los intereses legítimos del cuentacorrentista. Empero, lo que sí resulta indiscutible es que esa conducta es una posibilidad permitida dentro del mercado bancario abierto a cualquier particular que entienda que así mejor gestiona su patrimonio». En consecuencia, frente a la línea de la defensa esgrimida por las entidades crediticias, «lo que desde luego no se comparte es que, por el mero hecho de que esto haya acontecido (y con independencia de cualquier eventual juicio censor de esa proliferación de cuentas corrientes) se califique que esa conducta haya supuesto un manifiesto abuso del derecho y, por lo tanto, condenable en contemplación a lo dispuesto en el artículo 7.2 del Código Civil, porque, esa conducta y, al margen —no hay reparo en reconocerlo— de que, acaso, exceda de lo habitual, en caso alguno, puede causar un daño a tercero, ni, en particular, a la demandada entidad bancaria, puesto que, el actor con ese proceder y posterior demanda, lo único que hace es ejercitar una tutela jurídica al entender que el condicionado de su cuenta corriente ha incidido en la vulneración de la normativa específica, fundamentalmente, recogida en el artículo 10 de la Ley 19 de julio de 1984. Y como argumento decisivo al respecto, se subraya que, incluso, con una sola cuenta corriente abierta en un *agere*, totalmente individualizado, podía, perfectamente, el actor haber interpuesto una acción idéntica pretendiendo la nulidad de las distintas cláusulas de su depósito de cuenta corriente, lo que, determina que no se pueda acoger la apreciada teoría de la Sala *a quo* del abuso de derecho». Sin perjuicio de los errores de redacción en que incurre la sentencia transcrita, no cabe duda que le ampara el mejor criterio; y, «por consiguiente, tampoco se da el fraude a la Ley, en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, porque, de esa reiterada y sucesiva apertura de cuentas corrientes por el actor en diversas entidades bancarias, no concurre la dualidad del daño a

ninguna entidad bancaria ni tampoco su causa por la cobertura aparente aparte de una norma *ficta*». Sin embargo, debe reconocerse que las apelaciones al fondo del asunto, plasmado en la conducta del actor, impiden su análisis estricto desde la perspectiva de la imposición. En absoluto carece de lógica decir que quien se somete con gusto, y hasta persigue quedar sujeto a las prescripciones de cláusulas generales, de ninguna manera le son impuestas sin su coayuda. Otra cosa es que se venzan los obstáculos procesales autorizándole a litigar en tales hipótesis, por tratarse de un fenómeno abstracto, pero que no se produce *hodie et nunc* sin su concurso.

Este catálogo de *previas, impuestas y habituales* marca los elementos de las condiciones generales de la contratación. En realidad, constituyen tres notas que se reclaman mutuamente, con profunda interdependencia y cuyo estudio autónomo es difícil, por no decir que imposible o figurado. Arroja la práctica en este punto una unión de actos e intenciones bien ilustrativa. El profesional dispone antes de dichas cláusulas —quizá otro agente se las suministre— porque alberga la intención de su empleo masivo, para cuya puesta en práctica se sirve imponerlas al adherente merced a la prevalencia que le otorga familiaridad con el ramo de que se trate.

Un panorama tan marcadamente puro esconde la incidencia de otros eventos menos tangibles, en que se mezclan, como sólo la experiencia puede hacerlo, retazos de uno u otro modelo. A este dato atiende lo dispuesto en el segundo inciso del mismo artículo primero de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que acepta «*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión*». Tan sabia medida tiene una relevancia insospechada. En primer término, hace coincidir condición general con cláusula no pactada individualmente, con las repercusiones que se derivan sobre su confusión con las de carácter abusivo, que de inmediato analizo. Igualmente, identifica contratos de adhesión con aquellos que incorporan condiciones generales, lo que supone un decidido avance terminológico (12). Por último, asume como

(12) Con independencia de las palabras que se deseen adoptar para describir el asunto —contratación uniforme, típica o *standart*; contratos en masa o de adhesión, normados, en serie, etc.—, cabe advertir la pacífica opinión de que todas las categorías sirven, aunque de manera parcial y matizable. A la postre, la fórmula originaria francesa de los *contratos de adhesión* popularizada por SALEILLES (cfr. *La déclaration de volonté*, París, 1902, pág. 299 y sigs.; ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 54 y sigs.; y *vid.* OSSORIO GALLARDO, A., «Crisis en la dogmática del contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pág. 1175; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002, pág. 389 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003, pág. 130 y sigs.; y ROPPO, E., *Contratti standart*, Milán, 1989, pág. 16 y sigs.) tiende ahora

adecuada óptica la del realismo jurídico y el juicio conjunto del fenómeno analizado, lo que me produce satisfacción y alivio.

Un indicio elocuente de cuanto sostengo representa la STS de 28 de noviembre de 1997. Según afirma, las notas de predisuestas y su imposición definen las condiciones generales plasmadas en un pacto dirigido a un conjunto genérico de clientes. En este sentido, «no se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho. Lo cual viene relacionado directamente con la cuestión de las condiciones generales de los contratos, inmersas en los contratos de adhesión, que no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que imponen a todos los que quieran celebrarlos (13). Por razón de que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante Cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo». Ésta es precisamente la perspectiva que me interesa subrayar ahora. Las condiciones generales pueden admitirse no sólo por su amplio desarrollo en el moderno panorama de los contratos, sino, en especial, porque constituyen un fenómeno positivo y aprovechable según los cánones de la estadística. Es cierto que alberga no pocos peligros, en cuya cautela se ofrecen fórmulas legales de control adecuadas, pero estos indicios no las contagian en su esencia, remitiéndolas al olvido.

Que las condiciones generales operen por completo al margen del pacto singular no implica su ocultación al destinatario contratante, ni que se vicie su consentimiento de modo absoluto —lo que implicaría la ineficacia por estas causas—, sino que se incluyen en el global de la relación determinada para quien se adhiere: van de suyo, sin poder negociarse. No quiebran irremediablemente la libertad de pacto, aunque diluyan su contenido en el conjunto del acuerdo favorable. A menudo enseña la práctica que responden

más a la moderna y alemana de las *condiciones generales de la contratación*. Ofrece la mejor prueba la Ley de *Condiciones Generales de la Contratación*, que dirige sus esfuerzos a proteger al *adherente* (art. 2.3 LCGC). Un somero repaso de la jurisprudencia española es conclusivo de que también prefiere *contrato de adhesión* para denominar el supuesto. En el fondo, cualquier variante aporta interés y anuncia el problema.

(13) Efectivamente, la expresión *condiciones* que rechaza el Tribunal Supremo resulta equívoca. En la faceta jurídico-técnica, las condiciones generales no constituyen un hecho futuro e incierto del que se haga depender la eficacia de un nexo jurídico al que complementan. Pero, desde una visión más amplia, qué duda cabe que su sola presencia *condiciona* la conducta de cada partícipe del contrato; y tampoco puede negarse que la existencia de cláusulas predisuestas, habituales y obligadas *condiciona* el destino de las relaciones jurídicas emprendidas; y también forma parte, si bien, accidental, de la naturaleza del contrato suscrito, *condicionándolo*, etc. A la vista del diccionario, se comprende certera la terminología de *condiciones generales de la contratación*.

a situaciones económicas de predominio en el mercado por el predisponente, cuando no de mono u oligopolio más o menos encubierto (14), máxime cuando a su presencia se subordina el servicio o producto deseado, por lo común de importancia básica en una sociedad *de confort* y obtenido en una coyuntura ventajosa. La falta de pacto no comporta carencia de aceptación, pero está mediatizada.

2. FIGURAS AFINES: CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PACTOS NO SUSCRITOS INDIVIDUALMENTE. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La exposición de las notas características de las condiciones generales y el recorrido esquemático por las medidas legislativas que han merecido —desde la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984, hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de abril de 1998 por la que se traspuso en el Derecho español la Directiva Europea de 1993 (15)—,

(14) Como aduce la STS de 14 de diciembre de 2005, «la venta de una vivienda no supone la venta de un producto u objeto vendido en régimen de monopolio y a través de un contrato absoluto de adhesión», si bien «ello, no significa que, con carácter general, no pueda ser aplicada la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios a las cláusulas de los estatutos de propiedad horizontal cuando su contenido haya sido presupuesto por el promotor y se imponen a los adquirentes de viviendas, como así se desprende de moderna doctrina científica española y alemana».

(15) La STS de 21 de diciembre de 2000 acota bien el recorrido histórico del asunto: «este Tribunal hace constar al respecto que, hoy en la actualidad ya se cuenta con una regulación adecuada de las llamadas condiciones generales de la contratación, a tenor de la Ley de 13 de abril de 1998 y, con independencia de que no estuviese vigente en la época en que se contrae estas actuaciones, no obstante, se subraya por la Sala a los fines de la adecuada ilustración, que se consideran como condiciones generales, artículo 1.º: «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos...», en cuanto a la nulidad, el artículo 8 sanciona lo siguiente: «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios»; y, es en la Disposición Adicional primera, en lo que puede resultar de relevancia por afectar a la susodicha Ley citada vigente entonces, 26/1984, de 19 de julio, en donde se introducen las siguientes modificaciones, el artículo 10 se redacta en los términos que se hacen constar en la misma Ley de 13 de abril de 1998 y, sobre todo, se añade un nuevo artículo 10 bis con la correspondiente redacción».

conducen al importante campo de su distinción frente a otras figuras emergentes y próximas en el panorama contractual contemporáneo.

Partiendo en el año 1980 de una Ley sectorial —sobre contrato de seguro, cuyo artículo 3 establecía la salvaguarda de los clientes contra las condiciones generales (16)—, se pasa en 1984 a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios —cuyo art. 10 contemplaba en beneficio de los consumidores y al unísono la disciplina de las cláusulas generales y abusivas—, para terminar en 1998 con una Ley específica y abierta en su defensa de cualquier afectado (17).

Luego las condiciones generales y las cláusulas abusivas se ajustan ahora en su remedio legal a un doble cauce, que obedece a su distinta naturaleza, si bien tampoco pueden negarse los amplios capítulos de semejanza que les vinculan. En la práctica, las condiciones generales acaban prosperando, como signo de preponderancia económica y profesional de uno de los agentes, que

(16) El protagonismo práctico en dicha materia de los seguros resulta indudable. Así, la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de *mejora de la protección de consumidores y usuarios* (cfr. Disposición Final primera) introduce «una ligera modificación en el artículo 61, apartado 3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», en orden a la preponderancia del «Sistema Arbitral de Consumo».

(17) Cfr. la crónica legislativa en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, M., *La Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1998, pág. 72 y sigs. Conviene advertir que la STJCE 2004/227, de 9 de septiembre de 2004, «declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de dicha Directiva». En efecto, «la Comisión reprocha al Reino de España el hecho de que el legislador nacional no haya precisado que la regla de la interpretación favorable al consumidor no se aplica en los casos de las acciones colectivas de cesación contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva, porque esa omisión puede poner en peligro la eficacia de tales acciones, en la medida en que el profesional, invocando la regla de la interpretación más favorable para el consumidor, podría obtener que no fuera prohibida una cláusula oscura y susceptible de ser interpretada como una cláusula abusiva» (cfr., por extenso, su comentario en INFANTE RUIZ, F., «La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pág. 159 y sigs.). Según se comprueba, la sustitución de la competencia para emprender acciones no resulta tan sencilla, si es a los individuos en concreto a quienes se otorga la prerrogativa del principio *pro consumitore*.

La sucesión legal en constante reforma parece aconsejar la elaboración de un texto unificado en los términos de la Disposición Final quinta LMPCU: «se habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos». La doctrina se ha hecho eco con alarma del asunto, habida cuenta de las licencias que se puede tomar el ejecutivo al asumir dicha tarea. El resultado de todo ello es el Texto Refundido de 16 de noviembre de 2007, que varía incluso el concepto de consumidor.

las trae consigo, impone y universaliza; complementariamente, las cláusulas abusivas suponen la quiebra del equilibrio de prestaciones, ya sea en un contrato de adhesión o gracias a pactos atípicos añadidos por una sola de las partes contra el consumidor.

En respuesta frente a estos distintos episodios, que suelen ir unidos por su mutua relación de género (condiciones generales) y especie (cláusulas abusivas), se ha optado por un esquema bicéfalo. La Ley de 1998 dispensa su protección específica a favor de quien se adhiere a las condiciones generales, sufriendo el dominio del predisponente; figura, esta última, profesionalizada (cfr. art. 2.1 LCGC). En cuanto a las cláusulas abusivas, opera su tratamiento la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, que se ve modificada de manera honda en este punto. A sus resultas, los pactos opuestos a la buena fe o al equilibrio de prestaciones, se combaten en beneficio de los consumidores que los padecen, mientras las condiciones generales son controladas para todos los adherentes, profesionales o no, incluidos los intermediarios, pues se considera una merma en la negociación que merece indiscriminada tutela. Insiste la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que «se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación». En efecto, «una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no necesariamente tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares».

Sucede que un esquema tan pulcro se derrumba en la concreta expresión técnica que ofrece la Ley. Una cosa son los buenos propósitos y otra el modo en que las intenciones se traducen normativamente. El nuevo artículo 10 bis.1, párrafo 1, LGDCU —renovado en la Disposición Adicional primera, número dos, LCGC, después por el art. 1.tres de la Ley 44/2006, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (en adelante, LMPCU) y ahora en el art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias—, establece un régimen tuitivo que asemeja las cautelas en ambos supuestos: «*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*». En su virtud, el artículo 82.4 TRLGDCU establece que «*en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto*

en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable» (18). Según la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, «el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual». Con ello aparece la conexión entre ambas, pues las cláusulas abusivas se muestran en la práctica muy próximas a las de carácter general, en cuanto no negociadas, ni consentidas, *ad casum*, máxime porque las estipulaciones abusivas efectivamente acordadas seguirán el régimen ordinario descrito en las reglas del Derecho común, a espaldas de la disciplina específica de la legislación especial. El dato adquiere interés, porque, al no tener el Código Civil disposiciones determinadas al respecto, su defensa se difumina en normas globales e inespecíficas. Por eso, el tercer párrafo del nuevo artículo 82.2, párrafo 2, TRLGDCU (introducido en su día por la Disposición Adicional primera, tres LCGC) impone la carga de la prueba de negociación individual a los profesionales que intenten sustraerse a su vigencia. Suma la nueva versión del precepto, *ex* Ley de mejora de la protección de consumidores y usuarios, en el primer párrafo del número inicial del precepto, a la falta de negociación su ausencia de consentimiento. El añadido bien parece redundante, pues no cabe consentir cuanto no se negocia, en la medida que la voluntad se asienta en el dato previamente conocido. Sin embargo, cuanto abunda no daña y más en materia tan delicada como ésta.

La progresiva convergencia de cláusulas abusivas y no pactadas individualmente aproxima mucho su ámbito al de condiciones generales, cuya Ley del ramo repite punto por punto para éstas los referidos términos del artículo 82.2 TRLGDCU (antiguo art. 10 bis.1, pfo. 2, LGDCU, curiosamente

(18) Una simple y apresurada lectura de la regla daría pie a debatir sobre si las cláusulas recogidas en los artículos citados por típicamente abusivas lo serán con independencia de negociarse de forma individualizada, pues inauguran el inciso con un «*en todo caso*» que parece abrir los requisitos de su censura. Sin embargo, no hay tal, pues el artículo 82.2 TRLGDCU afirma que «*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato*». Luego si hay negociación individualizada, el escudo dispensado por el precepto cesa. Es decir, claramente las cláusulas abusivas tienden a ser generales, y, de cualquier manera, en estas circunstancias están las descritas en la propia Ley como prototipo de ventaja obtenida en perjuicio del consumidor. Para ellas se dispensa la prueba de abusivas, pero cabe demostrar su efectivo pacto, que las extrae del esquema protector diseñado en el ordenamiento.

introducido en la propia Ley de 1998), que reitera el artículo 1.2 LCGC: «*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato*». Por tanto, queda debatir la hipotética distinción entre condiciones generales y cláusulas no pactadas o consentidas individualmente. A la vista del dato normativo, *a contrario* bien parece que la falta de acuerdo singularizado equivale a condición general. Mas, no es exactamente así, porque las condiciones generales tienen como elemento estructurador no sólo la *predisposición* (al margen de su autoría material) e *imposición* por una de las partes (hasta este requisito, siempre comunes a las cláusulas abusivas), sino que además pretende hacerlo con independencia de quién sea el destinatario, mientras desee mantener relaciones jurídicas con ella (cfr. art. 1 LCGC); es decir, son generales, tanto en su idea, como en su despliegue. Luego condición general y cláusula no pactada individualmente tienen un enorme común denominador y muy leve y transitorio numerador diverso. En todo caso, su distinción teórica viene reconocida en la Ley y yo deseo respetarla cuanto sea posible, por muy exigua que sea la disidencia que presenten. Ahora bien, debe reconocerse que cuesta un esfuerzo enorme mantener el equilibrio, pues el pacto lesivo casi nunca se negocia de manera particularizada, por *predisponer* de su contenido quien lo *impone* y en la medida de su simple beneficio. Por lógica, el promotor intentará que conste siempre, con independencia de su destinatario, al menos como propósito finalístico, que precisamente constituye la nota de *habitualidad* que faltaba. Ya tenemos, *de facto*, que una de las partes lo impone, por tenerla predispuesta, pues no se negocia individualmente, y además le reporta unos beneficios en forma de menos prestaciones que aconsejarán su generalizada extensión a todos los clientes, al menos como idea.

Esto explica razonablemente que se sustituya en el segundo número del artículo 1 LCGC *habitualidad* por falta de negociación individualizada de la cláusula, entre otras cosas, porque nadie acuerda lo que le perjudica, salvo que concurren vicios de la voluntad, ya sea error, violencia e intimidación o dolo. Advierto que prever como atributo característico de las cláusulas abusivas el que no sean negociadas o consentidas individualmente puede llevar a invertir los términos del problema —tomando la parte por el todo—, con la consecuencia de que su acuerdo singularizado la inmune como abusiva. Ello no sería un acierto, pues la categoría material del atropello en última instancia no depende completamente de su mecanismo de contratación, sino más bien del contenido que incorpore.

En suma, la pretendida diferencia entre cláusulas abusivas y condiciones generales termina siendo un artificio creado como excusa para la distinta protección instaurada con arreglo a la duplicidad normativa que gobierna sendos fenómenos, pero que la realidad impugna la mayoría de las veces. El

artículo 82 TRLGDCU procura distinguir entre «*estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente*». Mas, a lo largo del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se reinstaura la premisa de que las cláusulas abusivas lo son por causa de su materialidad, mientras su forma externa —continente— se ajusta de ordinario a las condiciones generales, en cuanto no negociadas ni consentidas *ad casum*.

El diseño teórico de un doble régimen con arreglo a cada hipótesis —aunque desmentido por los hechos, según creo haber demostrado—, tampoco carecería en absoluto de lógica. Al menos en abstracto cabría sugerir condiciones abusivas pero no generales. Nada impediría que la quiebra de la buena fe contractual o el equilibrio de prestaciones que las define [cfr. art. 82.1 TRLGDCU] se produzca prescindiendo del añadido de no ser negociadas o consentidas individualmente. Ahora bien, no ha sido ésta la opción preferida por el legislador, que las convierte *de facto* en habituales y tributarias, pero específicas, dentro del esquema del clausulado general. Sin duda puede idearse su diseño *a la carta* para un concreto caso, aunque con dicho bagaje cualquiera diría que implica verdadera saña, máxime cuando la necesidad apretaría en el destinatario que acepta semejantes abusos. Desde luego, mucho más fácil es que, viceversa, las condiciones generales no resulten lesivas en sentido técnico, si bien vulgarmente habría que tenerlas por tales, pues, aun cuando de suyo no se opongan a la buena fe o al equilibrio de prestaciones, las circunstancias de su origen apuntan a un relativo perjuicio para quien tuvo que adherirse. Una irrefutable prueba está en que la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación admite sin excusa para ellas «*abuso de una posición dominante*». Con todo, tampoco conviene olvidar —si queremos ser justos, equitativos y sinceros— que, aceptándolas, ganan los adherentes notorias ventajas de acceso público al mercado en la coyuntura más ventajosa. Vaya una cosa por la otra, pero sin polarizar el examen jurídico de la cuestión en ningún extremo, sino en su eficacia y resultado conjuntos.

Luego la diferencia entre condición general y cláusula abusiva se cifra, sobre todo, en su contenido. Por su esencia, éstas resultan inaceptables, pero no necesariamente aquéllas, que yo denomino, entonces, *puras o simples* (19). En cuanto a su aspecto formal, las condiciones generales añaden a las cláusulas abusivas su tipismo y habitualidad, aunque ambas responden al mismo fenómeno de imposición de uno de los contratantes al otro, por falta de negociación y voluntad individualizada.

(19) Cfr. por extenso, DURÁN RIVACOBÁ, R., «Condiciones generales puras o simples en la contratación», en *Hacia un código del consumidor*, Madrid, 2006, págs. 161-296.

3. FISONOMÍA JURÍDICA: DEL NORMATIVISMO A LA CONTRACTUALIDAD MITIGADA

Otra faceta de las condiciones generales de la contratación que debe ser abordada de forma prioritaria se refiere a la categoría del fenómeno que representan. Hay varias justificaciones jurídicas que autorizan a una de las partes para introducir en sus contratos cláusulas-tipo, sin diálogo con su interlocutor y en consonancia con cualquier otro género de negocio análogo. Este *modus operandi* comporta la ruptura de principios incólumes en el dogma clásico de la libertad de contrato. Por ello, se han ensayado diversas explicaciones, ya que no era factible ni oportuno frenar su creciente implantación. En su desarrollo, procederé orillando algunos debates que corren serio riesgo de incurrir en abstracciones estériles y confusas. Por aclarar los planteamientos en conflicto y extraer conclusiones válidas, expondré las dos grandes tendencias mayoritarias. Cada una cuenta con defensores de una enorme categoría y comportan muy distintas repercusiones (20).

La teoría normativista confiere protagonismo jurídico a los agentes que dinamizan las economías de mercado. La facultad de introducir en sus contratos condiciones generales aúna un conjunto de competencias reglamentarias depositadas en ciertos actores económicos, ya sea por el cauce de los usos del comercio u otros válidos. Dicha propuesta encauza este nuevo modelo negocial por vericuetos legales propios del sistema de fuentes, una de cuyas fórmulas de producción jurídica serían precisamente las condiciones generales y los mandatos que incluyen. No versa tanto sobre un análisis *interno* del asunto, desde la perspectiva de la materialidad de contenido, sino externo, en la órbita de los atributos necesarios para introducir estos mecanismos especiales en la contratación. En última instancia, resulta una justificación fiel a los cánones de la ciencia jurídica y evita engorrosos encajes sin merma de los distintos intereses concitados. Es lo cierto que las condiciones generales suponen la imposición por uno de los contratantes del contenido, siquiera sea más o menos accesorio, del convenio, pero se hace gracias a los poderes que abarcan por la naturaleza del mercado que cultivan y hasta cierto punto dirigen. Dicha coyuntura destruye la esencia misma del pacto como concurrencia de oferta y demanda. No hay demanda jurídica de ninguna especie, pero sí económica que se corresponde con una oferta rígida, del estilo *de todo o nada, lo tomas o lo dejas*. Unido esto a la situación de mono u oligopolio en determinados sectores

(20) Hay ríos de tinta vertidos sobre la materia. Para su generosa lectura, cfr., entre otros, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, pág. 100 y sigs.; LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales: un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Valencia, 2002, pág. 37 y sigs.; ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación y condiciones generales», I, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4/2000, pág. 23 y sigs.; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La predisposición del contenido contractual», en *Revista de Derecho Privado*, 1979, pág. 671 y sigs.

claves de la economía, esfuma incluso la más leve apariencia de autonomía de la voluntad, axioma de partida en las codificaciones liberales, como la nuestra. Estas pautas marcan los nuevos escenarios jurídicos y económicos que se apa- reján y así encuentran justificación más bien abstracta.

La mejor defensa de la tesis normativa, en términos generales, proviene de las filas del mercantilismo clásico, teniendo a GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE por cabeza (21). Frente a ella se alza la crítica de un amplio sector de civilistas, sobre todo a partir de los argumentos esgrimidos por DE CASTRO Y BRAVO. Se trata de corregir los abusos a que podría dar pie semejante *ratio*, que inviste a los profesionales en el gobierno casi absoluto del contenido de generosos campos de la economía y al margen de la razonabilidad jurídica concreta de las condiciones generales que propugnan (22). La refutación de su categoría como usos del comercio radica en que son, al menos para uno de sus destina- tarios, más ficticios que reales, en la medida en que son impuestos por la otra parte a quien no participa en su origen, contenido y eficacia más que por vía de adhesión. Luego, en el mejor de los casos, serían más mercantiles que costum- bres (23). A la postre, los instrumentos clásicos servidos por el Código Civil como delimitadores de la libertad de contrato —uso y costumbres, buena fe, leyes, moral y orden público— ganan aquí grandes dosis de reviviscencia. Un posible sometimiento a controles administrativos de las condiciones generales podrían superar el obstáculo de su abuso, aunque comprometiendo el escenario y calidad jurídico-privada en que se desenvuelven (24).

(21) Cfr. *op. cit.*, pág. 18 y sigs. Más matizadamente, cabe citar en esta línea también a URÍA GONZÁLEZ, R. (cfr. «Reflexiones sobre el contrato mercantil en serie», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, II, pág. 221 y sigs.); y POLO SÁNCHEZ, E. (cfr. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, pág. 29).

(22) Cfr. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975, pág. 29.

(23) Constituye un ejemplo excelente la hipótesis de la STS de 2 de abril de 1993, que niega la pretensión de una compañía de viajes para definir el *overbooking* como uso del comercio: «el Código Civil, aparte de exigir que la costumbre se pruebe suficiente- mente (STS, entre otras, de 28 de junio de 1982), sólo acude a ella «en defecto de Ley aplicable» (art. 1.3); hipótesis no concurrente en este caso por regir la regulación legal de los arrendamientos de cosas y de servicios»; «ni tampoco podría atenderse al uso *contra legem* que menciona la recurrente de entender implícita la anulación de reserva de habi- taciones, siempre que haya parte contractual perjudicada que se oponga a ello. Aparte de usos opuestos a lo convenido que cita también el recurso y que son inadmisibles en la teoría general de los contratos civiles (arts. 1.091, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código Civil), como el llamado *overbooking*: sin que puedan tacharse de obsoletas las normas del Código Civil citadas, por lo dispuesto en el artículo 2.2, ya mencionado, redactado en 1974, y antes en el artículo 5, redactado en 1889, y a su vez recogido en los más modernos Códigos y leyes, que no pueden prescindir de normas seculares que velan por la seguridad jurídica y el orden público privado».

(24) Acerca de la imprescindible aprobación administrativa en seguros obligatorios, cfr. SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de septiembre de 1999 y de 23 de septiembre de 1991.

Contra las teorías normativistas operan aquellas otras que pretenden salvar del naufragio al contrato en estas nuevas modalidades de negociación, al menos rescatando de los despojos lo más básico de su esencia. Los defensores del contractualismo buscan uncir las condiciones generales con una concepción evolutiva y adaptada del pacto a los nuevos tiempos y realidades económicas. Ello permitiría reconocer en su órbita, con las debidas excepciones, las novedosas fórmulas negociales que se abren camino al ritmo del avance de un nuevo mercado global. El genuino y pionero representante de la tendencia entre nosotros fue GARCÍA AMIGO (25).

Los inconvenientes prácticos que arrastra la fórmula también aconsejan superar las apuestas por los usos del comercio, que respaldan las facultades reglamentarias de ciertos protagonistas. Entre otros motivos, destacan los obstáculos constitucionales en que incurre permitir a los empresarios autoerigirse además en productores de normas (26). Ahora bien, tampoco resulta convincente reconducir el asunto a un episodio actualizado de la teoría moderna de la contratación, al albur de los vaivenes del mercado. Según advirtió SALEILLES (27), falta una verdadera voluntad mutua en tales acuerdos. No puede llevarse al extremo el dogma de la plena y pura libre contratación —una especie de fundamentalismo ideológico—, porque sencillamente las cosas no funcionan así. El tráfico jurídico y económico anónimo, veloz y globalizado, impide tales visiones simplistas, aduce Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (28), a menos de su severa cercenación y próxima ruina. La clave reside, a mi juicio, en conocer los límites admisibles del proceso.

Ello da pie a otras posturas intermedias, expuestas con acierto por PAGADOR LÓPEZ (29), como la que relaciona su ser con las relaciones contractuales fácticas. No resultan verdaderos contratos, aunque adopten sus formas externas o modos de concluirse. Así sucede con los vínculos contraídos por los menores (30) o en sectores del bienestar tan ordinarios y elementales que

(25) Cfr. *op. cit.*, pág. 72 y sigs. Igualmente, son de citar GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pág. 1590; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en AA.VV., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, 1996, pág. 29. Un punto exagerado se muestra ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación y condiciones generales», II, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5/2000, pág. 40 y sigs.

(26) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor A. Menéndez*, IV, Madrid, 1995, pág. 4942.

(27) Cfr. *op. y loc. cit.*

(28) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 31.

(29) Cfr. *Condiciones generales...*, pág. 27.

(30) La STS de 10 de junio de 1991 roza la idea: «los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas,

hacen ilusoria la negativa de su adquisición. Por su parte, ALFARO ÁGUILA-REAL (31) arguye la idea de condiciones generales de la contratación *declarativas*. A su tenor, el núcleo de los contratos estriba en que se forman a través de un libre cruce de voluntades. Los grados de autonomía individual son matizables, pero no sustituibles: la concreta incorporación al negocio jurídico de las condiciones generales exige asumir efectivamente su contenido. A este propósito, no basta con garantizar que se puedan escoger, *a la carta*, entre varios modelos cerrados de cláusulas siempre generales. Con todo, adquieren eficacia sólo si derivan de la buena fe contractual, en cuanto desarrollo autónomo y ordinario que admite la esencia de los pactos efectivamente suscritos. Ahora bien, eso no impide un criticable despliegue de condiciones ajenas al estricto acuerdo, que conforma un acabado modelo de unilateralismo empresarial (32). En síntesis, juzgo que la nueva categoría no añade gran cosa y más parece una excusa en auxilio de una contractualidad que no acaba de convencer en sus términos clásicos. Es cierto que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*» (art. 1.258 CC), pero las condiciones generales añaden sin duda un *plus* a las consecuencias lógicas del contrato, no contempladas de suyo en la naturaleza de aquél. En otro caso, su expresión sería casi superflua y, desde luego, no producirían la inquietud jurídica que parecen suscitar.

Por último, MIGUEL GONZÁLEZ (33) expone una doctrina que podríamos llamar del conocimiento. Frente a las fórmulas monistas —normativa o contractual— alega la solución de Derecho comparado —Italia y Alemania— que, según piensa, señala en la línea de que las condiciones valen en la misma medida de su percepción por quien las recibe, ya que no se negocian. Luego, el conocimiento surge como deber implícito del adherente, con una diligencia mínima exigible. A semejanza de la línea contractualista, diferencia en el contrato sus vertientes de regla y acto de contraer (34). En cuanto a esto último, se requiere la voluntad de las partes, pero no tanto para lo primero —campo pro-

e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesiten la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas “las normas”, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 del Código Civil), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria».

(31) Cfr. *Las condiciones...*, pág. 60 y sigs.

(32) Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. y loc. cit.*, pág. 31.

(33) Cfr. *Reflexiones...*, pág. 4943 y sigs.

(34) Sería, en trasunto de la terminología que acuña para el matrimonio el Derecho canónico, una especie de negocio *in fieri et in facto esse*.

picio de las condiciones generales de la contratación—, siempre que respeten los límites de la buena fe y el equilibrio de prestaciones. Argumento que comparte las ópticas institucionalista del contrato y reglamentaria de las condiciones generales.

A la vista de lo expuesto, ambas tendencias irreductibles de partida llevan camino de converger; pero, al margen de las sugerentes construcciones anteriores, y su varia dosis de fortuna, interesa responder al dato real de qué alternativa contempla el ordenamiento español. Es indiscutible que nuestra Ley comparte una noción contractualista de las condiciones generales. Eso se infiere tanto en las reglas sectoriales —«la naturaleza contractual de las condiciones generales, recogida en el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro, se ha afirmado de forma constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual ha considerado a las condiciones generales de los contratos de seguro como cláusulas contractuales» (STS de 20 de marzo de 2003)—, como en la disposición general del ramo.

En sus términos más amplios, la jurisprudencia es abiertamente partidaria del concepto negocial de las condiciones generales. Si bien la STS de 30 de mayo de 1998 no consideró de adhesión el contrato suscrito por un abogado y su cliente, reconocía que su contenido se predispuso por el primero, sin merma de su valor contractual, «pues esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual de negocio convenido libremente, al darse la concurrencia de consentimientos mutuos, que hace eficaz el negocio y no concurrir las circunstancias que determinarían su nulidad (art. 1.265 CC), por ser bien expresivo de decididas voluntades, dentro de los términos del artículo civil 1.255, que generan el vínculo contractual que se alcanzó con total libertad de obrar y decidir». En la órbita de los contratos definidos de adhesión, la STS de 28 de noviembre de 1997 no varía el criterio cuando estima que «la calificación de este contrato es de contrato de adhesión entendiendo por tal aquél en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)». Me parece ilustrativa la ocurrencia sobre los distintos grados de libertad presentes en las condiciones generales impuestas, aunque dudo que con tales mimbres pueda elaborarse un auténtico cesto negocial, según veremos.

Este alcance netamente contractualista de las condiciones generales no está desprovisto de repercusiones prácticas e inmediatas. Como cercenan la libertad de uno de los partícipes, recibe a cambio éste garantías sobre su contenido, por medio de un estrecho control de fondo para reducir abusos. Así cala la idea expuesta en el umbral del estudio. Las condiciones generales

constituyen un elemento característico de los negocios en crecientes capas de la economía moderna. Tampoco resultan de suyo perjudiciales para quienes se someten a su influjo, siempre y cuando les abran sectores de mercado en situaciones favorables y sostenibles. La simplicidad en los procedimientos que introducen ahorran tiempo y esfuerzos a las grandes compañías que los promueven, abaratando los costes de su producción o servicio. Por el contrario, las cláusulas abusivas comportan perjuicio real a quienes las padecen, en la medida que rompen con el equilibrio de prestaciones o posición jurídica de los contratantes. No dejan de constituir de ordinario una especie perjudicial dentro del género de las condiciones generales, que se fiscalizan por evidentes motivos, pero cuya estela no hace perder al proceso conjunto su muy positiva impronta.

4. CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA LEY ESPECIAL

Una de las consecuencias más sobresalientes que implica la naturaleza negocial, con todos los matices que quieran introducirse, de las condiciones generales, concierne a los tipos de pactos susceptibles de someterse a la protección conferida por su específico estatuto legal. En concreto, excluye de su ámbito a *«los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes»* (art. 4 LCGC).

Los motivos de semejante decisión pueden ser múltiples. Podemos imaginar que la Ley dispensa los citados convenios porque, aun cuando contengan condiciones generales, se salvan al someterse a cauces distintos de control institucionalizado. Mas también cabría deducir que dichos acuerdos son incompatibles con la fórmula de contratación en masa, por lo que la cautela jurídica frente a sus efectos negativos sobra. Esta segunda perspectiva se comparte por aquellos que mantienen la contractualidad del fenómeno, con todas las reservas que se deseen: habida cuenta que tales hipótesis desbordan el marco negocial, tampoco admiten en su seno verdaderas condiciones generales, que, de otra suerte, quedarían sometidas al amparo de la Ley (35).

(35) El planteamiento —sostenido por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (cfr. *Las condiciones...*, pág. 112 y sigs.)— no deja de tener mérito, aunque, a mi juicio, sobre bases endebles.

Tales excepciones contrastaron poderosamente con la disciplina más rigurosa que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contemplaba respecto de las cláusulas abusivas, cuyo «*ámbito de aplicación*» abarcó «*todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla*» (Disposición Adicional segunda LGDCU, máxime cuando consta en la Disposición Adicional primera, siete LCGC que introdujo dicho texto, ahora refrendado en el art. 59 TRLGDCU). El motivo de la diferencia parecía justificado. Las condiciones generales, pero no abusivas, se salvan siempre y cuando estén incluidas en circunstancias legales de permisión, que presumen la salvaguarda de los intereses de los ciudadanos.

Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación parecía pretender justo lo contrario: «*conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva “93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, todos estos supuestos de exclusión “recogidos en el artículo 4 LCGC” deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica*». Ahora bien, la traducción legal y efectiva de semejante apuesta dista mucho de refrendarla. El artículo 81.1 TRLGDCU mantiene, tras su reforma, que «*las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones Públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez*», pero, como a continuación afirma, «*todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma*». Luego parece inferirse que, aun cuando existan estipulaciones sujetas a su aprobación administrativa, no hay obstáculo para que también puedan someterse a filtros auxiliares, por lo que habría de observarse su materialidad para decidir si son abusivas, con las naturales consecuencias que son anejas. Además, al margen de la excepción contenida en el artículo 4 LCGC, el nuevo artículo 80 TRLGDCU (introducido en su día por aquella Ley), también abarca «*cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes*». Por último, sinceramente me resisto a creer que la necesaria «*concreción, claridad y sencillez en la redacción*» como requisitos de la licitud de las condiciones generales [art. 80.1.a) TRLGDCU] o la «*buena fe y el justo equilibrio*» [art. 80.1.c) TRLGDCU] de prestaciones que las preserva del carácter abusivo (siendo simples o puras, como yo las llamo) puedan obtenerse a golpe de Decreto, pues incorporan un contenido de fondo, no sanable por licencias administrativas previas. Eso sí, éstas son susceptibles de sortear el

tamiz jurídico sobre las condiciones generales, prosperando en determinados sectores de trascendencia para la economía colectiva. En suma, la defensa legal mínima prevista en orden a las cláusulas abusivas se mantiene por encima de otros estatutos sectoriales, que pueden reconocer mayores derechos a los consumidores en la materia, pero no restringirlos, por mucho que medien cribas administrativas previas.

En el examen casuístico que reclama la disciplina, diré que la primera excepción a la vigencia objetiva de la Ley sobre condiciones generales viene representada por los *contratos administrativos*, que ya cuentan con un régimen especial en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, como garantía de los derechos de los particulares que se relacionan con los entes públicos en el suministro de bienes o servicios. Precisamente la situación de *imperium* o de predominio de los organismos oficiales en los acuerdos suscritos con privados demanda normas oportunas que reequilibren en cierta manera sus respectivos roles jurídicos (36). Tales reglas sustituyen, por específicas, a las abstractas sobre condiciones generales de la contratación, que acaban siendo de más bajo perfil y desbordadas. Dígase lo mismo respecto de los *contratos laborales*, que han merecido profusas disposiciones con miras a la protección de los trabajadores, a través del axioma paralelo al de beneficio y defensa del consumidor, definido *pro operario*. En los de *constitución de sociedad* también existen leyes peculiares que regulan su contenido de manera suficiente, haciendo inútil su reiteración por muy exitosa que fuera. Dichos supuestos conforman el capítulo de contratos excluidos de la ley sectorial porque, aun admitiendo en su seno la presencia de verdaderas condiciones generales, su instancia de control se traslada y logra mayores hitos en su exigencia con arreglo a normas específicas.

A tales convenios se asimilan, por razones de compromiso y coherencia legal, aquellos que se contemplan en *instrumentos internacionales ratificados por España*, y los recogidos por *normas legales de aplicación obligatoria* (cfr. art. 4.2 LCGC), como sería el caso de los seguros y sus reglas singulares, aludidas tácitamente por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «*la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma*» (art. 59.2, pfo. 2, TRLGDCU). En efecto, su artículo 4, párrafo 2, *in fine*, excluye de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación las hipótesis que «*vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*». Al respecto, merece criticarse la salvaguarda y excusa de cualquier «*disposición (...) administra-*

(36) Por el contrario, CASTILLO DE SOTOMAYOR, citando a BALDO DEGLI UBALDI y traído por DE CASTRO Y BRAVO, sostiene que «la limitación de las condiciones generales son aplicables también a los contratos celebrados por el Príncipe» (*op. cit.*, pág. 72).

tiva de carácter general», incluso si afectan a sectores determinados y conocidos, por su ambigüedad perniciosa. Resulta inconveniente que no se limite su rango, pues, a mi juicio, debería impedirse que cualquier tipo de orden gubernativa sea idónea para hurtar el control de la Ley que comento, a riesgo de su inexorable vaciado jurídico. Ciertamente se cifra su extensión (*general*), pero de forma tan abstracta que arruina su posible control.

Razones diversas —y menos válidas, me atrevo a decir— avalan al resto de las salvedades establecidas a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Así como los primeros supuestos eran característicos de su reemplazo a favor de regímenes jurídicos más ambiciosos y tradicionales por *rationem materiae*, comparecen ahora ejemplos de clara intolerancia con la técnica de los clausulados generales. Por cuanto se refiere a las *relaciones familiares*, creo que su orden contractual abarca los convenios reguladores y las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, el hecho de que los primeros queden sometidos a la inevitable aprobación judicial —«*salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*» (art. 90, pfo. 2, CC)— los extrae del ámbito de que hablo, máxime cuando es inaudita la intervención de ningún profesional que las promueva, como no sea el asesor jurídico de los protagonistas, que no integra el contrato. *Análogo modo* acontece para las capitulaciones matrimoniales, aunque reúnen algunas características singulares, en la medida que su insoslayable constancia en escritura pública (cfr. art. 1.327 CC) implica la intervención de un profesional proclive a introducir cláusulas típicas, pero sin que tampoco resulte nunca parte. Por último, los cónyuges menos aún podrían catalogarse profesionales del matrimonio, y, en fin, la situación de prevalencia que uno quiera imponer al otro jamás prospera mientras sea «*nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*» (art. 1.328 CC). Luego, resulta muy osado siquiera plantearse condiciones generales en tales tipos de acuerdos, si no existe un contratante profesional, a menos que no derive del servicio de asesoramiento jurídico y constituya un ambicioso promotor de rupturas matrimoniales. Es también chocante que se aluda *expressis verbis* a los contratos reguladores de las relaciones de familia, cuya existencia se ha negado históricamente por ser éstas refractarias a la voluntad autónoma de los protagonistas (37). Mucho más sorprendente todavía me parece la exclusión de los *contratos sucesorios*, si, con arreglo al artículo 1.271, segundo párrafo, del Código Civil, «*sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división*

(37) Salvedad hecha de los ejemplos que discuto. Acaso la reforma del Derecho de Familia, operada en las Leyes del año 2005, entierre afirmaciones tan contrastadas, pues el mismo matrimonio y su destino quedan por completo a expensas de cualquiera de los contrayentes.

de un caudal conforme al artículo 1.056». Al margen de que no contiene la referencia normativa contrato alguno propiamente dicho —observa la partición hecha por el testador—, las reformas últimas del Código Civil en materia hereditaria van introduciendo auténticos pactos sucesorios, aunque con reservas. A esta categoría pertenecen, sin duda, la delegación de mejora del artículo 831 del Código Civil, o lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.341 del Código Civil acerca de la donación por razón de matrimonio de bienes futuros y para el caso de muerte. Con todo, tales figuras extraordinarias repudian, no ya sólo la existencia de condiciones generales, sino también la posible intervención de un profesional que reclama su Ley específica desde su inicio como sujeto inspirador (cfr. art. 1.º LCGC) (38).

5. RELIEVE Y CONTENIDO NEGOCIAL

El análisis concerniente a la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación y su concreto ámbito debe completarse con el estudio de la eficacia que despliegan en la práctica. Ello proporciona su horizonte más perfilado.

Es criterio pacífico que las condiciones generales incrementan sus esferas de influjo y son aceptadas en la medida de los beneficios que reportan en la contratación. La jurisprudencia, siguiendo una línea más realista que los autores, considera que «el contrato de adhesión no es algo abusivo ni rechazable por sí mismo» (STS de 11 de noviembre de 2004). Es cierto que recela de los peligros inherentes a su empleo desmedido, mas, como cualquier otro elemento jurídico, ello justifica su control, no su veto indiscriminado. La STS de 31 de enero de 1998 (39) parece admitir, aunque sea en calidad de *obiter dicta*, «la argumentación del motivo “donde” se alega que “el artículo 10 de la Ley 26/1984 en modo alguno condiciona el ejercicio de la acción de nulidad y la ineficacia de dichas condiciones generales a la causación de un daño previo”». Es decir, las condiciones generales de la contratación de suyo no siempre arrastran males, sin perjuicio de los riesgos que comportan, lo que suscita en el ordenamiento jurídico cautelas en defensa de la parte más débil.

(38) Supongo el acuerdo unánime para ni tan siquiera discutir el testamento, que no es un contrato, por mucho que pueda contener cláusulas típicas, redactadas por un profesional, que además nunca se reputa parte.

(39) Ampliamente comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 47, 1998, pág. 725 y sigs.; y PETIT LAVALL, M. V., «El requisito de rigidez o imposición de las condiciones generales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pág. 199.

a) *Condiciones generales de la contratación y economía de mercado*

Esta implantación sucesiva de las condiciones generales en la dinámica moderna del contrato alcanza terrenos más amplios que los estrictos del Derecho de consumo (40). Escasos sectores jurídicos guardan mayor correspondencia que aquél con la estructura económica de las sociedades desarrolladas. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios desde su primer artículo fija sus coordenadas en el sistema de mercado reconocido en la Constitución (41). En la órbita de la Unión Europea, el vínculo entre la economía liberal y el Derecho de consumo es muy notorio. El artículo 7 del Tratado de la Comunidad Europea fija uno de sus fines en la defensa de los consumidores y usuarios. La fracasada Constitución Europea

(40) Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las cláusulas abusivas no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, Madrid, 2004, pág. 75; y ORDUÑA MORENO, F. J., *op. y loc. cit.*, pág. 22. Esta postura es minoritaria si atendemos a la bibliografía española, más en sintonía con la tónica de las normas de los países de nuestro entorno y las comunitarias, que ligán ambos procesos: cfr. SERRANO ALONSO, E., «Las condiciones generales en los contratos y las cláusulas abusivas», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Madrid, 2004, pág. 4689 y sigs.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. y loc. cit.*, pág. 1193; OTERO LASTRES, J. M., «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1977, pág. 759 y sigs.; y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)», en *Derecho Notarial*, núm. 86, 1998, pág. 12.

Como afirma la STS de 18 de marzo de 1995, «dicha Ley especial “LGDCU” no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad “además” de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas y así se expresa la doctrina jurisprudencial de esta Sala que contienen las sentencias de 17 de junio y 22 de julio de 1994».

(41) «En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios» (art. 1, pfo. 1, *in initio*, TRLGDCU). «La defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139» (art. 1, pfo. 2, *in fine*, TRLGDCU). En tal sentido, el horizonte de un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1 CE) indujo múltiples esperanzas de reformas estructurales, auspiciadas asimismo por el artículo 38 del propio texto constitucional, que reconoce la prevalencia de las leyes del mercado libre, aunque «de acuerdo con las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación», máxime si «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128.1 CE) y «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general» (art. 128.2 CE). La realidad vino a desmentir estos anhelos y el posibilismo político arruinó las expectativas de la intervención correctora del poder público en la economía capitalista.

dedicó incluso la Sección 6.^a, del Capítulo III, de su Parte III a la «*Protección de los consumidores*», una vez que había destacado entre los «*objetivos de la Unión*» (art. I-3) ofrecer «*un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada*» (núm. 2). A *mercado común* y abierto corresponde una mayor vigilancia de sus negativos efectos sobre los particulares destinatarios, aunque no siempre se acierte. La economía convergente impulsada en los distintos Tratados Europeos precisa de contrapartidas en cuanto a los consumidores. Su prueba irrefutable constituye la muy prolífica intervención legal por medio de Directivas, que han promovido esta disciplina jurídica en los países miembros. Con ello, se consigue tanto la uniformidad de sus diversas legislaciones, como la efectiva puesta en práctica del *espíritu europeo*, aunque, por ahora, se limite a sus vertientes monetarias y no a las institucionales o políticas. Puede decirse, sin temor a equivocarse, que las disposiciones comunitarias en materia de consumo auspiciaron el ordenamiento de cada integrante y sirvieron de catalizador para su despegue (42).

En correspondencia con el régimen de libre mercado, justo es reconocer algunas servidumbres, que facilitan el desarrollo de nuevas formas de contratación masificada en los actuales parámetros de las sociedades modernas. Las ventajas de una economía más abierta no salen del todo gratis: registran ciertos inconvenientes que hay que asumir. El acceso a bienes de calidad elevada y a un precio asequible implica la renuncia de algunas garantías jurídicas accesorias. El punto intermedio que se busca marcará el equilibrio entre ambos polos. A mejores coberturas jurídicas mayor encarecimiento para el consumidor. Conviene preguntarse qué se prefiere y cuál sería la opción

(42) La implantación de las exigencias del Derecho de consumo no es tan uniforme como el tipo de régimen económico que lo engloba, pues guarda íntima relación con la concreta prosperidad de las sociedades en que se registre. Resulta evidente que las medidas protectoras encarecen el producto, que se ve sometido a un conjunto de garantías fortalecedoras de la posición del consumidor, mas a cambio de un gravamen que repercute, a la larga, en el precio final del bien o servicio. En las *economías avanzadas* adquiere todo su sentido el esfuerzo, que sería contraproducente para otras, en las que amplias capas de población permanecen sumidas en relativa pobreza o aún están en vías de progreso, cuyo desarrollo sostenible se puede obstaculizar con políticas ingenuas e irreales. Imponer en esta coyuntura sociológica como fin absoluto la salvaguarda del consumidor, a costa del encarecimiento de los bienes básicos, constituye un error mayúsculo. Por eso hay que buscar el *medio virtus*. Esta idea está presente de manera expresa en algunas leyes latinoamericanas del ramo. Considero que, lejos de ser una pérdida, resulta un principio pragmático de gran interés, dirigido a una población de recursos *per capita* escasos. El Derecho rinde su servicio a la sociedad y aun cuando el sistema económico sea parejo en distintos países, las oportunidades para su desenvolvimiento difieren. Califico su observancia de verdadero acierto y excelente prueba de la moderación que debe presidir la tarea legislativa [cfr. DURÁN RIVACOB, R., «La nueva Ley española sobre las condiciones generales de la contratación», en CORRAL TALCIANI, H. (editor), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago de Chile, 1999, pág. 75 y sigs.].

más deseable, pero sin renuncia de maximalismos maniqueístas deviene imposible proponer un escenario de armonía conjunta.

En este sentido, existen muy válidos intentos sistematizadores de la positiva influencia que despliegan las condiciones generales sobre la contratación actual. Así, se afirma su servicio al mercado —fortalecen su carácter anónimo, uniforme y raudo—, a la vez que aseguran la igualdad en los usuarios y la reducción de costes, con procedimientos seguros y diáfanos. Abaratan el bien o servicio de que versan, facilitan sus procesos productivos y de puesta en circulación, racionalizan la estructura organizativa de las grandes empresas suministradoras, prevén y eluden gastos superfluos, proporcionan certezas en los productos y garantías en su consumo, etc. En contrapartida, son proclives al abuso de la posición dominante, también en la esfera jurídica, constituyendo un peligroso nido de cláusulas abusivas, pues minusvaloran al contratante débil, que se ve abocado a soportar una oferta rígida y cerrada. En fin, dibujan un panorama, como tantos otros, ambivalente, bueno y malo a la vez (43). En la tesitura económica presente devienen inevitables y benefician a la mayoría, si bien reclaman una política normativa de ajuste a los principios de transparencia, incorporación y conocimiento, para evitar el más que hipotético abuso. Es decir, emergen como un interesante modelo de pruebas para el ejercicio de la pericia por el legislador.

b) Alcance subsidiario en el conjunto del convenio

Frente a esta visión, por decirlo de algún modo, *macroeconómica* —de los grandes números, a escala global—, se impone la perspectiva *microeconómica* —del concreto individuo—, que se ajusta mucho mejor al análisis propio del Derecho Privado. Una de las características más sobresalientes de las condiciones generales estriba en su imposición por una parte del contrato a la otra, complementando el acuerdo básico entablado por los concertantes. Como sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Rodrigo), mientras no exista voluntad conjunta, tampoco atañe a los elementos esenciales del pacto. Su eficacia integradora les aleja del *núcleo duro* del convenio y sólo son capaces de reproducir elementos accidentales del negocio. Con ello quiere decirse que su esencia permanece al margen (44).

(43) Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 33 y sigs.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 27 y sigs.; ORDUÑA MORENO, F. J., *op. y loc. cit.*, pág. 22 y sigs.; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *La predisposición...*, pág. 668.

GARCÍA AMIGO recoge una interesante metáfora, según la cual las condiciones generales se asemejan a las bebidas alcohólicas: *per se* no son malas, aunque todo dependa de su moderado uso (cfr. *op. cit.*, pág. 34 y sigs.).

(44) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 138; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las

Según el artículo 1.261 del Código Civil —que incluye la «*disposición general*», dentro del Capítulo II: «*De los requisitos esenciales para la validez de los contratos*»—, «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º *Consentimiento de los contratantes*. 2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato*. 3.º *Causa de la obligación que se establezca*». En otras palabras, «*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*» (art. 1.262 CC). Habida cuenta que la causa de los contratos es objetiva en Derecho español (cfr. art. 1.274 CC) y que la voluntad por hipótesis va de suyo para convenir, queda el objeto fuera de las condiciones generales. Con todo, el precio ha suscitado algún debate recientemente. Aun cuando la mayoría de los autores lo excluye de su contenido en clausulados impuestos —máxime si «*el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de una de las partes*» (art. 1.449 CC)—, creen otros que su marginación comporta grave perjuicio para los adherentes a partir de condiciones generales que contemplan su *redondeo*.

A juicio de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ello se debe a que la Ley española de condiciones generales incurrió en el fallo de «la no transposición expresa de la importantísima previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva CEE 1993/13 sobre cláusulas abusivas, relativa al control de las cláusulas referentes a los elementos esenciales del contrato, según la cual «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esta previsión había sido recogida en el Proyecto de 1997 —concretamente en un párrafo quinto del art. 10 bis de la LGDCU— pero fue torpemente suprimida del texto definitivo de la Ley en su tramitación parlamentaria» (45). Me parece su crítica discutible, ya que mezcla los dife-

cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura*, I, Madrid, 1994, pág. 658; EMPARANZA SOBEJANO, A., «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 473; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 227 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores», en AA.VV., *Curso de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, pág. 392; y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *El ámbito...*, pág. 8. En un tono de duda sobre la cuestión, cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 32, pág. 2849.

(45) «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», en *Aranzadi Civil*, núm. 17/2003, pág. 1 y sigs.

rentes mecanismos de control sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. Si por esencia perteneciese a esta última categoría, ineludiblemente puede fiscalizarse, pero sólo en el ámbito de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios a que alude. Además, no es lo mismo que se incorporen algunos accesorios del precio en las condiciones generales —como su redondeo, intereses, etc.—, a que se fije por completo en ellas. Esto en la práctica deviene imposible de raíz, pues equivale al desconocimiento por el adquirente de circunstancias básicas del contrato, las únicas que realmente acepta sin reserva de ninguna suerte. Pretender que una cláusula sobre redondeo sea condición general determinativa del precio es muy atrevido, por no decir temerario. A ello apunta el artículo 1.273 del Código Civil: *«el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes»*.

En síntesis, las condiciones generales *puras o simples* de la contratación —desprovistas de cualquier atisbo de abuso material— por hipótesis limitan su influjo a elementos complementarios del negocio y tienen carácter accesorio. Agotan su despliegue cuando facilitan la rapidez del tráfico, aseguran su eficacia y abaratan en su conjunto los procesos que ligan a las partes. Por todo ello, y en la medida en que cumplan los requisitos básicos de su incorporación, forman parte del contrato. Sin embargo, los asertos introducidos en los artículos 9 y 10 LCGC sobre las repercusiones de la ineficacia del convenio sujeto a cláusulas generales ilícitas y los mecanismos integradores de su contenido cuando la invalidez sea parcial, siembran las incertidumbres en este punto, según veremos de inmediato.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

Una vez discutida la noción y el alcance real de las condiciones generales, procede abrir el capítulo concerniente a su estatuto y disciplina práctica. El primero de los problemas planteados trata de los protagonistas pasivos en estos nuevos modelos de contratación.

1. BENEFICIARIOS DE LA DEFENSA JURÍDICA. LA LEY 44/2006, DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La trasposición realizada en Derecho español de las Directivas europeas sobre condiciones generales amplía el sistema recibido de sus fuentes comunitarias y nacionales. En concreto, instaura en términos abstractos la protección del adherente y por completo al margen de su rol económico.

Sin embargo, la propia Ley del ramo (cfr. Disposición Adicional primera, dos LCGC) asumió también la reforma del artículo 10 LGDCU. Esta larga norma, hoy sustituida por los artículos 80 y 81 que componen el Capítulo I («*Cláusulas no negociadas individualmente*»), del Título II («*Condiciones generales y cláusulas abusivas*»), del Libro II («*Contratos y garantías*») del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispensa la protección de los consumidores frente a los clausulados habituales (46). El hecho constituye un típico ejemplo de las reiteraciones perniciosas e inútiles que plagan ambas leyes, aun cuando una sea específica del asunto que nos convoca. El proceso resulta estéril —porque la materia ya tiene su estatuto singular, como reconoce incluso la regla: «*si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta*» (art. 10.3 LGDCU), hoy eliminada felizmente por el Texto Refundido— y confuso, en la medida que mezcla las distintas categorías: «*las estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente*» (art. 82.1 TRLGDCU).

Por ilustrarlo mejor, el artículo 80.1.a) TRLGDCU se corresponde con el artículo 5.5 LCGC, y, *contrario sensu*, con el artículo 7.b) LCGC. El primero exige «*concreción, claridad y sencillez en la redacción*» para «*las cláusulas no negociadas individualmente*», el segundo reclama «*criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*» en las condiciones generales de la contratación, y, el último, excluye la incorporación de «*las “condiciones generales” que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*». En síntesis conjunta, la concreción excluye a las ambiguas, la claridad expulsa las oscuras, y la sencillez en la redacción repudia las ilegibles e incomprensibles. ¿Cabe imaginar cosa distinta? Despliega un incomprensible paralelismo ya inserto a la remisión recogida por ambas Leyes. También las obligaciones relativas a la entrega de «*recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación*» del artículo 63.1 TRLGDCU ya se hallan satisfechas con las previsiones del artículo 5 LCGC, en especial de su primer número, segundo inciso, que reza: «*no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*». Asimismo, el artículo 81.2 y 84 TRLGDCU obedecen al artículo 23 LCGC, a cuyo tenor: «*1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán, en el ámbito de sus respectivas competencias, de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.*

(46) Versión antes modificada en el artículo 1, tres LMPCU.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos. 3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes. 4. Los Corredores de Comercio, en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley» (47).

Sin embargo, no todo paralelismo resultó en día satisfactorio. Así ocurre con la interpretación *pro consumitore* del artículo 10.2 LGDCU, repetida en el artículo 6.2 LCGC en cuanto al adherente. Sus textos, a partir de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación —cuya Disposición Adicional primera, dos, también modifica el primero—, recibió el reproche de la sentencia de 9 de septiembre de 2004, en el Asunto C-70/2003, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: pues «*el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto, el Tribunal de Justicia entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de la citada Directiva*». Esta cita de la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, EM LMPCU) es bien significativa de la reforma que hubo de introducirse al respecto, tanto en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios como en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. En efecto, según la citada sentencia, «la distinción que establece el artículo 5

(47) Causa sorpresa el escaso realismo en este punto del legislador, que parece olvidar que ya no es neutro el notariado latino en la coyuntura de competencia en que se desenvuelve. A menudo los fedatarios públicos adquieren protagonismo activo en las cláusulas predisuestas por un tercero, cuando no encuentran dificultades para oponerse a las condiciones generales auspiciadas por las grandes compañías a quienes prestan sus servicios profesionales, superando hasta la paradoja la cautela establecida. El documento autorizado puede contener condiciones generales *puras* —incluso inscritas en el Registro especial—, y su advertencia oportuna no implica su falta de incorporación, mientras cumplan con las prescripciones del artículo 5 LCGC. Es una prevención que da noticia del hecho como medida preparatoria, en su caso, de futuras acciones, muy distinta de la que opera respecto de las abusivas, cuyo mero indicio permite al Notario y al Registrador denegar su constancia en la escritura o en el asiento [este inciso, ya repetido, se reproduce de nuevo por el epígrafe —*Información y protección al consumidor*— que antecede al artículo 258 de la Ley Hipotecaria, cuyo segundo número reza: «*el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*» (cfr. Disp. Adic. segunda, cuatro LCGC)].

de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores» (STJCE de 9 de septiembre de 2004). «*A la vista de esta argumentación, resulta necesaria la modificación de los artículos 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 6 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, para matizar que el principio de interpretación favorable al consumidor de las cláusulas oscuras sólo se va a aplicar en los supuestos en los que se ejerciten acciones individuales, pero no las colectivas*» (EM LMPCU). En sus actuales términos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que «*cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor*» (art. 80.2 TRLGDCU).

Al margen de los concretos motivos de legalidad y técnicos que promueven cambios en orden a la mejor defensa de los destinatarios las condiciones generales de la contratación, insistir en el esquema bifronte que separa éstas de las cláusulas abusivas —con arreglo a su inobservancia del «*justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*» [art. 80.1.c) TRLGDCU]— produce algunos episodios de clara falta de sintonía. El principal acaso sea el de los distintos protagonistas de la defensa jurídica que se apareja en sendas hipótesis. Mientras aquéllas, con arreglo a su estatuto, se tratan en beneficio del adherente, sea o no consumidor —si bien éstos por inercia conservan algunos preceptos especiales en el art. 10 LGDCU ahora modificado—, las abusivas, aun cuando casi siempre serán también generales, encuentran salvaguarda exclusiva respecto de los consumidores (48).

(48) Sin embargo, la Ley rituaría introduce una Disposición Adicional cuarta en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: «*las referencias contenidas en la Ley*

Cualquier otro escenario debe remitirse a los cauces comunes previstos en el ordenamiento. En efecto, según la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, *«esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual»*. Repárese en que ahora se mezcla el abuso con la condición general, pero a la inversa de cuanto hasta el momento sucedía. *«Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas. En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales recogidas en la Ley»* (49). Por tanto, las relaciones entabladas entre profesionales quedan fuera del control específico de las cláusulas abusivas, que, a diferencia del régimen propio de las condiciones generales, sólo se contemplan respecto de consumidores y usuarios, quedando, en otro supuesto, bajo el régimen común de nulidad de los contratos establecido en el Código Civil. Este sistema respalda la doctrina de la STJCE de 14 de marzo de 1991, a cuyo tenor quienes habitualmente se manejan en el marco de las actividades de referencia, y en su propio interés, están protegidos de suyo por el conocimiento previo del entorno, en el que de otra parte rigen las cautelas ordinarias establecidas por el Derecho de cada país.

Ahora bien, según la pura lógica, no es de recibo que las cláusulas abusivas merezcan respuesta jurídica más limitada en los sujetos que la prevenida para las condiciones generales. Que sólo se ampare —y por los inespecíficos cauces abiertos en la legislación común—, a *«las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o pro-*

de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación».

(49) En el orden lingüístico, el párrafo no destaca por su brillantez. La falta de correspondencia entre *operan* y *lista* —debería decir *opera*— se debe a modificaciones del Proyecto de Ley en este punto, sin acomodar los números en el definitivo texto, que incluso adolece de serias carencias de redacción (reiterativo, confuso y poco cuidado: las condiciones generales se ven sometidas a las reglas generales; «condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe»; «sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan»).

Debe recordarse que la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, reformó la lista en algunos de sus extremos, ahora renovada en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en sus artículos 85 a 91.

fesional» (art. 3, *in fine*, TRLGDCU) (50) y cuando no pacten *ad casum* (51), supone una cascada de restricciones obstruccionistas que conducen a la inoperancia. Por el contrario, las condiciones generales se controlan —a través de garantías que van de los requisitos de incorporación a la exégesis más favorable— en pro de todo adherente sometido a la influencia de los empresarios. Parecería más razonable optimizar el escudo anti cláusulas abusivas, tanto desde un punto de vista subjetivo como de instrumentos procesales ágiles y al alcance de cualquiera, pues representan un atentado más grosero contra la justicia. No obstante, la legitimación específica contemplada en el artículo 16 LCGC para el ejercicio de las «acciones de cesación, retractación y declarativa», características del combate frente a los aspectos más negativos de las condiciones generales, favorece su equivalencia en el orden preventivo con las cláusulas abusivas. Habida cuenta que se circunscribe la capacidad para emprender las acciones específicas a entidades corporativas y mediáticas, junto con el Ministerio Fiscal, a la postre, sólo sus miembros unidos a otros asociados podrán impulsar semejante propósito, y los límites de su ejercicio se reducen inopinadamente, *análogo modo* a cuanto sucede para las cláusulas abusivas.

Por último, se ha discutido acerca de qué sucede con los acuerdos suscritos entre consumidores. En principio, quedan fuera de la Ley de condiciones generales, porque, según su artículo 2, el predisponente ha de ser a la fuerza profesional o empresario, cuyo *status* le permite la imposición de un clausulado. No corre mejor suerte la salvaguarda de cláusulas abusivas en esta hipótesis, pues no se concibe la existencia de consumidores o usuarios fuera de su encuentro con productores de bienes u oferentes de servicios. Su noción es por esencia relacional y pierde sentido lejos de dichas coordenadas jurídico-económicas. Se comprende ahora con más exactitud el esfuerzo inútil que a menudo suponen los cambios de persona por consumidor. Propiamente, nunca cierran acuerdos entre sí los consumidores. En el horizonte de la igualdad sólo existen ciudadanos.

(50) Este «Concepto general de consumidor y de usuario» es una de las novedades más poderosas que introduce dicho Texto Refundido, que amplía la noción antigua de destinatario final del producto o servicio de que se trata, excluidos intermediarios (cfr. arts. 1.2 y 3 LGDCU). Sin embargo, exceptúa las materias relativas a la «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos» y «Viajes combinados» (Libros III y IV TRLGDCU, respectivamente).

(51) PAGADOR LÓPEZ alega, contra lo que define *prejuicio consumerista*, que si el fenómeno resulta globalizador, en buena praxis, también universalizada debería ser la tutela (cfr. *Condiciones generales...*, pág. 95 y sigs.), aunque más tarde (cfr. *ibidem*, pág. 145 y sigs.) se muestre, a mi juicio, en exceso cauto y conciliador con la fórmula legal.

2. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO: CONOCIMIENTO POR EL ADHERENTE MEDIO

Las diferencias mantenidas entre condiciones generales y cláusulas abusivas en el terreno sustantivo y procesal —noción, cauces y destinatarios de su tutela—, se consagran, como no podía ocurrir de otra manera, por su vocación y expectativas de pertenecer al contrato, donde protagonizan muy distinto relieve. Luego, *a contrario*, el tratamiento jurídico de su falta de incorporación o ineficacia es muy paralelo.

En cuanto a las condiciones generales, que me ocupan, el régimen sancionador se describe con amplios rasgos en el Capítulo II de su Ley, bajo la rúbrica de «*No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales*» (52). El artículo 7 LCGC, que lo inaugura, viene dedicado a la «*no incorporación*» (53). Su primer inciso elimina del contrato las condiciones generales a las que no hubiese podido tener acceso real el adherente, o que no hayan sido rubricadas por él cuando fuera imprescindible dicho elemento conforme al artículo 5 LCGC. Ello implica que, cuando existan dudas acerca de su aceptación verdadera, queden *ab initio* excluidas, como sucedió en la STS de 13 de marzo de 1999: «“en” aquel texto no firmado, no aparece el consentimiento de la parte adherente respecto a las condiciones generales ni, por tanto, a la cláusula de sumisión, que ha de reputarse inexistente en el contrato».

El citado artículo 5 LCGC desarrolla la otra vertiente del problema bajo el rótulo de «*requisitos de incorporación*» (54), el principal de los cuales

(52) El mismo título ya ofrece algunas dificultades, pues mantiene dos efectos, a mi juicio coincidentes, y cuya distinción estimo perturbadora, como la práctica revela en múltiples ocasiones. Pretende GÓMEZ GÁLLIGO sugerir la diferencia sobre la base de que la *no incorporación* sitúa las condiciones fuera del contrato, mientras la *nulidad* excluye sólo su eficacia (cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 1597). Sinceramente, me cuesta entender tanta sutileza y su base ontológica. Creo que acierta más CLAVERÍA GOSÁLBEZ cuando habla de «no inclusión por ineficacia» («La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español», en AAVV., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1993, pág. 1190).

(53) Cfr., al respecto, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 7 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, pág. 235 y sigs.; PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 9 LCGC», en *ibidem*, pág. 235 y sigs.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario a los artículos 7 a 10 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, pág. 71 y sigs.; y PERDICES HUETOS, A. B., «Comentario al artículo 10 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 519 y sigs.

(54) Quizá hubiera sido mejor tratar de manera consecutiva en la propia Ley de condiciones generales los requisitos de la incorporación (cfr. art. 5 LCGC) y la consecuencia jurídica de incumplirlos (cfr. art. 7 LCGC), lo que facilitaría su lectura e inteligencia. Es evidente que un comentario conjunto, como el realizado por algunos autores, da relieve a la idea: cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 5 LCGC» y

constituye la firma por el adherente de las condiciones que se añaden al contrato. El texto parece imaginarse las cláusulas incluidas en un anexo separado y suscrito por quien las asume; pero ello contrasta con otras afirmaciones del mismo precepto: «*no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no le haya facilitado un ejemplar*» (art. 5.1, pfo. 2, LCGC). Aquí desaparece la necesidad de la rúbrica, conformándose con que ofrezca su contenido el interesado. Esta progresiva relajación se acentúa en las sucesivas pautas que se contemplan para cuando el acuerdo no deba formalizarse por escrito. Entonces basta que las condiciones se anuncien «*en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración*» (art. 5.2, *in fine*, LCGC) (55). Tal directriz, llamémosle de *noticia efectiva*, consigue la preferencia en la materia, frente a lo declarado en el primer ordinal, y gana todavía más terreno, como es lógico, «*en los casos de contratación telefónica o electrónica*» (art. 5.3 LCGC). Dichas modalidades, cada día más comunes y extendidas, tampoco precisan de la firma ni del ejemplar suministrado, sino de canales alternativos de información. Habida cuenta de su fiabilidad, haría bien el predisponente surtiéndose de un medio de prueba que le resulte útil en el futuro. Los mecanismos informáticos que vinculan conocimiento y aceptación de condiciones generales con las secuencias o pasos sucesivos en la contratación por vía electrónica facilitan en la práctica este resultado.

Estas fórmulas alternativas ponen en evidencia un problema de cierta envergadura y, a mi juicio, descuidado en sus auténticos perfiles. Me refiero a discernir si la Ley exige como carga del adherente un efectivo conocimiento de las condiciones generales que contrae. Bien parece que nuestro Derecho contiene un deber por parte del empresario de no hurtar su contenido al adherente, pero incurriríamos en un error manifiesto si omitiésemos la pregunta complementaria: ¿se halla éste concernido por la obligación paralela de su estudio?

«Comentario al artículo 7 LCGC», ambos en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, pág. 139 y sigs., y 235 y sigs., respectivamente; y DURANY PICH, S., «Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios...*, pág. 264 y sigs. Véase, asimismo, FELIÚ REY, M. I., «Comentario al artículo 5 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios...*, pág. 54 y sigs.

(55) Acaso resultaría de agradecer una mayor pulcritud en la redacción, para evitar reiteraciones, que son abundantes a lo largo del texto, como «*lugar visible dentro del lugar*».

En principio, el posible conocimiento por el adherente de las condiciones generales que asume constituye una de las piedras angulares del sistema (56), pero una cosa es facilitarlo y otra exigirlo. A lo primero responden las previsiones acerca de su entrega o señalización indubitada (cfr. art. 5 LCGC) y los insoslayables requisitos de concreción, claridad y sencillez (cfr. art. 80.1 TRLGDCU). Algunos añaden a ello el conocimiento efectivo (57), pues la firma es sustituible, pero no su accesibilidad intelectual. Ello no deja de constituir un *desideratum* difícil de mantener salvo en la esfera de la utopía (58). Si hacemos un sincero ejercicio de reflexión sobre nuestra experiencia personal, concluiremos que, *de facto*, no resulta ni tan siquiera corriente su lectura completa, y menos todavía su adecuada comprensión. La muestra empírica, que me permito compartir ahora por si fuera útil, señala que, lejos de planteamientos teóricos, no existe verdadera obligación jurídica de conocer casuísticamente las condiciones generales por el afectado (59). Hasta el análisis económico del Derecho apunta en esta línea diáfana (60), entre otras cosas por las dificultades prácticas de comprender su contenido, muchas veces repleto de términos técnicos que desaniman al más voluntarioso de los adherentes. No se trata de lograr su conocimiento efectivo, sino de hacer factible su lectura y comprensión, al margen de que dicha potencia devenga en acto. El suscriptor consigue dispensa de la lectura porque no le perjudica. Conviene advertir que dicha laxitud se funda en que puede confiar en la conservación de sus derechos. El ordenamiento le precaverá siempre de las sorpresas que pudieran encubrir las cláusulas generales cuando se incorporan al contrato. A ciencia cierta cabe suponer que se impedirán repercusiones opuestas a la naturaleza de las relaciones contraídas.

Reconociendo el indudable aporte de su realismo, creo que debe matizarse algo esta idea. Concebida en sus extremos, permite unir en las condiciones generales su talante de imposición con la inadvertencia sobre su contenido. Con estos mimbres —ausencia de conocimiento y voluntad— el Derecho no aprecia vínculo *ex contractu*, pues faltan los pilares básicos de la conducta

(56) Según ALFARO ÁGUILA-REAL, la Ley asegura sólo la cognoscibilidad (cfr. *Las condiciones...*, pág. 192), mas el hecho de que decrete la no incorporación en otro caso supone para el profesional una verdadera carga (cfr. *ibidem*, pág. 202).

(57) Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 313, quien lo concibe como medida que garantiza la contractualidad y la certeza sobre la libre decisión del actor (*ibidem*, pág. 361 y sigs.). Por el contrario, ALFARO ÁGUILA-REAL considera que no asegura el contrato, sino la consciencia del adherente (cfr. *Las condiciones...*, pág. 189).

(58) Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. y loc. cit.*, pág. 38.

(59) Cfr. MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., *Reflexiones sobre...*, pág. 4943 y sigs.

(60) Esta materia se manifiesta proclive a esta óptica metodológica incluso en clave capitalista, ya sea en su apoyo, ya en su censura (cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La predisposición...», *loc. cit.*). La opinión de DE CASTRO Y BRAVO merece destacarse por su decidida crítica del pretendido «derecho autónomo de la economía» (cfr. *op. cit.*, págs. 21 y sigs.).

humana. Como sostiene la STS de 20 de marzo de 2003, «la Ley ha querido distinguir entre cláusulas lesivas y limitativas, pues la diferencia tiene trascendencia en cuanto que estas últimas son válidas, aun cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento, mientras que las cláusulas lesivas son inválidas siempre, es decir, el concepto de condición lesiva, ha de entenderse por lo tanto, que es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas». Luego precisamente la diferencia entre cláusulas abusivas y condiciones generales en el entorno de los seguros sería entonces que, mientras aquéllas pueden comprenderse mas no admitirse —se oponen a la buena fe o al equilibrio de prestaciones y operan en contra de los derechos de los usuarios—, éstas se incorporan por ser inteligibles (61).

En honor a la verdad, si bien las normas sectoriales no designan en la materia deber alguno del adherente, siembran en su conjunto una indudable carga cognoscitiva sobre las condiciones impuestas. La jurisprudencia reafirma que «el espíritu que inspira dicho precepto [art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro] no es otro que el de asegurar el conocimiento de las condiciones generales por parte del asegurado. A tal finalidad responde la exigencia de que determinadas cláusulas se destaquen de modo especial y sean específicamente aceptadas por escrito. Cuando estos requisitos se cumplan, se presume que existe un conocimiento perfecto de dichas cláusulas. Pero la seguridad de dicho conocimiento, más allá de la observancia de las formalidades dichas, puede obtenerse a través de otras pruebas concluyentes» (STS de 13 de julio de 2002). Obsérvese que se habla de presunción de conocimiento, *iuris et de iure* gracias al escrupuloso respeto de los formalismos legales, sin perjuicio de distintos y complementarios canales de información. Puede afirmarse que, aunque falten negociaciones individualizadas, al menos la consciencia sobre lo asumido está garantizada: «las modernas leyes de protección al consumi-

(61) En idéntica materia de seguros y doctrina que infiere de la naturaleza contractual de las condiciones generales su efectivo conocimiento, redundan la STS de 27 de noviembre de 2003: «no resulta lógico, dentro de un comportamiento medianamente previsor, que al abonar una prima de más de trece millones y medio de pesetas, no se lea el asegurado —importante sociedad, sin duda con experta asesoría jurídica—, al menos las cláusulas limitativas del condicionado general que refleja la propia póliza», máxime cuando «la póliza expresaba que las condiciones generales se incorporaban a ella mediante un folleto adjunto, extremo este que no es sino uno más de los que el asegurado da por bueno al estampar su firma al final de aquélla». Idéntico hecho es incluso elevado a la categoría de acto propio en la STS de 18 de diciembre de 1998: «el propio demandante, aquí recurrente, fue el que aportó al proceso, con su escrito de demanda, dichas condiciones generales, como parte integrante de la Póliza de Seguro, con base en la cual accionaba, lo que ha de entenderse en el sentido de que conocía plenamente el contenido». Cfr. asimismo, las SSTs de 23 de julio de 1996, 20 de febrero de 1995, y 7 de febrero de 1992.

dor y de condiciones generales intentan proteger a los consumidores y usuarios mediante una ampliación de la información sobre las condiciones generales, a las que se van a adherir» (STS de 27 de noviembre de 2003).

Cuestión suplementaria, una vez establecida la posibilidad de conocimiento, es discutir la pauta de comprensión. En este punto, se abre paso una nueva tendencia, que adopta criterios estándar para saber con certeza qué se acepta. Cuando el ordenamiento establece como requisitos de incorporación de las condiciones generales que resulten concretas (62), claras y sencillas, introduce un conjunto de características en blanco que deben apreciarse *ad casum*. La metodología óptima para dicho empeño es imaginarse un adherente-tipo en las circunstancias que definen su campo de operaciones. Así, un profesional tendrá mayores exigencias que otro individuo. En esta línea, la STS de 27 de noviembre de 2003 reprocha que «no se lea el asegurado —importante sociedad, sin duda con experta asesoría jurídica—, al menos las cláusulas limitativas del condicionado general que refleja la propia póliza».

Esta fórmula de normalidad de conducta, entendida como un modelo ajustable a cada coyuntura, se abre paso paulatinamente dentro del Derecho del consumo y gana reconocimiento legal. La Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, concerniente a *prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, respalda dicho canon con verdadero acierto y precisión. En su contenido, justifica la medida por la jurisprudencia comunitaria que «*ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica de consumidor típico*». En síntesis, «*toma en consideración el consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*». Luego, «*la referencia al consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto*».

A la luz de tan atinada doctrina, sobran otros comentarios acerca de la significación de actor-estándar en la faceta del tráfico que se considere, pero estimo de interés realizar un desarrollo mínimo de algunas decisiones judiciales que aduce la citada Directiva. La STJCE de 16 de julio de 1998 recoge

(62) Deseo salvar la *contradictio in terminis* en que se incurre. Constituye un imposible metafísico que algo sea *general* y *concreto* a la vez, pero se refieren ambos atributos a realidades distintas, la primera de aplicación y figurada, mientras la segunda es de contenido y estricta.

con cierta extensión precedentes (63) y «de las referidas sentencias se deduce que, para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas podían o no inducir a error al comprador, el Tribunal de Justicia tomó en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin haber evacuado informes periciales o encargado la realización de sondeos de opinión». El modo de proceder normalizado del consumidor —en nuestra hipótesis, más amplia, del adherente— que se impulsa en esta jurisprudencia no depende sólo de una fría estadística, pero tampoco pueden desdeñarse los sondeos si fuera oportuno en la concreta categoría de que se trata. Ello, junto al planteamiento abstracto de madurez, información y perspicacia con que presumiblemente operan los individuos en sus convenios sometidos a condiciones generales, arroja resultados satisfactorios en términos jurídicos. La STJCE de 16 de julio de 1998 emprende una combinatoria muy acertada: «el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a que, si el Juez nacional tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la mención de que se trate, pueda ordenar, en las condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial para instruir su decisión» (64).

La directriz sobre los modelos ideales de conducta encuentra también respaldo en la jurisprudencia española. Las SSTs de 20 de febrero de 1998 y 5 de julio de 1997 reafirman este criterio: «se imponen una serie de requisitos a las condiciones generales: concreción, claridad y sencillez en la redac-

(63) Véanse, en especial, las SSTJCE de 7 de marzo de 1990 (GB-INNO- BM, C-362/88); de 13 de diciembre de 1990 (Pall, C-238/89); de 18 de mayo de 1993 (Yves Rocher, C-126/91); de 2 de febrero de 1994 (Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92); de 29 de junio de 1995 (Langguth, C-456/93); y de 6 de julio de 1995 (Mars, C-470/93). Entre los casos que no incluye y merecen añadirse constan las SSTJCE de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90); de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82); y 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94).

(64) Se trataba de «determinar si una mención concebida para fomentar las ventas de huevos puede inducir a error al comprador, infringiendo la letra e) del apartado 2 del artículo 10 del Reglamento (CEE), núm. 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos». *Análogo modo*, la STJCE de 16 de enero de 1992 (X, C-373/90), a propósito de la Directiva 84/450, sostuvo «que incumbía al órgano jurisdiccional nacional verificar, a la vista de las circunstancias del caso de autos, si, teniendo en cuenta los consumidores a los que iba dirigida, una publicidad que presentaba los vehículos como nuevos pese a que habían sido matriculados para la importación, sin haber circulado jamás en carretera, podía ser engañosa en la medida en que tuviera por objetivo ocultar la circunstancia de que los vehículos anunciados como nuevos habían sido matriculados antes de la importación y, por otra parte, en la medida en que esta circunstancia habría podido hacer desistir a un número significativo de consumidores de su decisión de compra».

ción, con posibilidad de comprensión directa... lo que significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio». La comprensibilidad, por tanto, se objetiva en la pauta del consumidor teórico, pero en la esfera del mercado que se considere (65). Los elementos de la intelección permanecen al servicio del fin de transparencia que se busca; y así, «estos requisitos no se dan en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo» (66).

La faceta subjetiva del conocimiento de las condiciones generales y su aceptación necesita implementarse con los componentes objetivos que las habilitan de suyo para regir el contrato. Aquí radica una de las más señaladas circunstancias que afectan al fenómeno. Resulta notorio que si las cláusulas-tipo no se comprenden por el adherente, tampoco quedan incorporadas al pacto. Nadie se vincula por lo que no capta, salvo en Derecho imperativo, único campo en el que la ignorancia no excusa (cfr. art. 6.1 CC). Estimo criticable que se mezclen sendos ámbitos en los requisitos de incorporación: uno, el subjetivo, que procede de la firma y conocimiento por el adherente; y, otro, que guarda cautelas acerca de su redacción objetiva. El resultado es la confusión de los ordinales del artículo 5 LCGC, por el error de no incluir cada uno en sede autónoma. El último número del precepto trata de los mínimos formales exigibles a dichas estipulaciones: *«la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez»* (art. 5.5 LCGC). El contenido parece tomado, incluso al pie de la letra, del artículo 80.1.a) TRLGDCU, que añade todavía más

(65) La doctrina se muestra conforme con el estándar de conocimiento y comprensión media, ya sea del individuo (cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 410), como del sector (cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 233).

(66) A veces, el óbice no es meramente tipográfico: la STS de 9 de julio de 1999 contempla «una condición general (...) cláusula de sumisión expresa, pactada entre las partes», que «pese a aparecer redactada con el mismo tipo de letra que el resto del clausulado y recoger las firmas de los comparecientes en el mismo anverso, aparece redactada en términos confusos, ya que especifica la competencia de los “Juzgados y Tribunales de Madrid y San Sebastián”, sin precisión de a qué parte corresponde la decisión de elegir una u otra ciudad para las cuestiones relativas a la “interpretación, cumplimiento o incumplimiento” del contrato». En una forma más superficial, e incluso anecdótica, se ilustra la idea en la STS de 28 de noviembre de 1997: «el contrato, impreso por ambas caras y rellenado con los datos concretos en el anverso donde van las firmas de las partes, incluye en el reverso una cláusula impresa de sumisión expresa a los Tribunales de Barcelona; el reverso no viene firmado por las partes; en el anverso, donde sí han firmado, se hace constar que *se aceptan las condiciones específicas en este contrato y de acuerdo con las cláusulas estipuladas al dorso* (el reverso)». Este último pleito trata de una franquicia —«Home English»— con alto nivel de litigiosidad, como demuestra la STS de 3 de julio de 1998, que reitera el criterio contra el informe del Ministerio Fiscal —de obligada emisión en cuestiones de competencia—, quien «entiende que al suscribir el alumno la solicitud de referencia aceptó todas y cada una de las cláusulas obrantes al reverso del texto».

explicaciones «con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual» (67). Ambos textos resultan complementarios y aplicables conjuntamente a la disciplina de las cláusulas en serie. Sería oportuno advertir que la regla, tal y como está redactada, constituye una disposición abierta y peligrosa para la seguridad jurídica —máxime tratándose de condiciones habituales en el sector económico que se considere—, por el enorme grado de arbitrio que admite. Insisto en que los criterios de juicio sobre su idoneidad objetiva han de observarse sobre todo desde la perspectiva de los modelos abstractos de conducta. Luego dicha faceta no puede subjetivarse de manera impropia según los protagonistas concretos del asunto.

En justa correspondencia, quedan excluidas las condiciones generales cuando incumplan las notas características que autorizan su incorporación al contrato. Así, se marginan las «que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles» [art. 7.b), *in initio*, LCGC]. Ahora bien, «salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato» [art. 7.b), *in fine*, LCGC]. Es decir, que si existen garantías legales de transparencia y las condiciones son aceptadas documentalmente, operan en el contrato. Sin embargo, persiste la duda sobre a qué se refiere la Ley por «estas últimas». Al margen de los debates estilísticos, las insuficiencias de la redacción traen consigo alternativas muy diferentes, con repercusiones graves. Cabría sostener, contra la primera interpretación literal que pudiera inferirse, que la dispensa no sólo se refiere a las condiciones generales «incomprensibles», sino al conjunto de las censuradas por razones objetivas (también las «ilegibles, ambiguas y oscuras»). Sería lo más normal en términos de lógica, pero no parece adecuarse a la más segura de las exégesis para el adherente, que apunta mejor a cuanto *de visu* se alcanza. El inciso preserva las condiciones generales cuya *transparencia* esté definida por norma específica que pueda regir en una determinada esfera del tráfico jurídico-económico. Mas resulta un completo desatino que fueran las cláusulas *ilegibles, ambiguas* y *oscuras* salvadas por disposiciones legales de alcance sectorial, que, por el contrario, sí acaso contengan garantías sobre la *transparencia* media de las estipulaciones estándar. Una última precisión conviene hacer sobre su trayectoria, que ayude a la comprensión de semejante absurdo. El Proyecto de Ley de condiciones generales fue modificado *in extremis* en este punto de manera significativa. Se añadió en último lugar a la lista de «ilegi-

(67) La constante reiteración de términos que caracteriza la Ley —*documentos y documento*, en este caso— lastra enormemente su lectura.

bles, ambiguas y oscuras», las *incomprensibles*, con lo que la referencia de la excepción variaba de *oscuras* a *incomprensibles*. Así como a *oscuro* se puede oponer *transparente*, no cabe decir lo mismo respecto de *incomprensible*, salvo que hablemos de opacidad intelectual. Luego la reforma impulsada en el curso del debate parlamentario de la Ley produce un efecto curioso, que, a mi juicio, extiende la excepción a todas las condiciones generales «*que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito*». Ello significa en la práctica que las reglas —generalmente administrativas— de alcance parcial que aprueben determinadas cláusulas generales sustituyen cualquier apelación a la comprensibilidad media del adherente común en el marco de referencia. Objetivamente se presumen adecuadas al fin que registran. Con todo, esta fórmula, lejos de resolver mis incertidumbres, las acrecienta, pues implica en el fondo sustituir el control judicial de las condiciones típicas por autorización previa de carácter reglamentario, lo que frustra el propósito fiscalizador de la Ley que comento.

3. PURGA DE LAS CONDICIONES ILÍCITAS E INTEGRACIÓN POSTERIOR DEL CONTRATO

a) *Nulidad y no incorporación*

Las condiciones generales de la contratación que no superen el filtro de licitud han de someterse a la sanción jurídica prevista en el ordenamiento. A mi juicio con deficiente técnica, la Ley distingue nulidad y no incorporación, pese a que, como no podía ser de otro modo, las acaba identificando no pocas veces a lo largo de su contenido (68). La invalidez a que se refiere la norma se denomina parcial y es el remedio jurídico previsto para otros supuestos análogos en las normas comunes del Código Civil, a la búsqueda de la mejor salvaguarda de los intereses de la parte menos favorecida y a quien perjudica el vicio anulatorio. Su verdadero alcance jurídico se identifica con *tener por no puesto*, que proviene del *favor negotii* y del *utile per inutile non vitiatur* como principios generales de Derecho en materia de contratación. En nuestra disciplina, traduce asimismo el axioma de garantía del deudor, que

(68) Para valerme de un claro ejemplo —hay otros: v. gr., art. 10 LCGC—, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación asimila «*la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales*» (art. 9 LCGC); equivalencia reafirmada también por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*» (art. 83.1 TRLGDCU, con arreglo a la redacción ya conferida en la *Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, de 30 de diciembre de 2006).

aquí encarna el mayor beneficio del adherente, en cuanto paralelo del *pro consumitore* (69).

Muy confusamente adopta dicho régimen de «nulidad» el artículo 8.1 LCGC: «*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*». Produce asombro que pretenda ineficaces las cláusulas *contra legem*, pero sólo en la medida que perjudiquen al adherente. La sanción ordinaria descrita en el Código Civil para los actos opuestos «*a las normas imperativas y a las prohibitivas*», es su invalidez de pleno derecho, luego, *a priori*, sobra su advertencia. Entonces, las alusiones al daño del adherente resultan incomprensibles, máxime cuando aquí no se debate sobre las cláusulas abusivas —tienen distinto régimen, sólo aplicable a los consumidores—, que de manera más significativa lo causan, en tanto que se oponen a la buena fe del promotor o al equilibrio de prestaciones. Además, el citado perjuicio está inherente por hipótesis al fenómeno de imposición que se denuncia. Es cierto que la disciplina de la nulidad de los actos opuestos a normas de obligada observancia exceptúa la hipótesis en «*que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*» (art. 6.3 CC), cuya reiteración textual en el último inciso del artículo 8.1 LCGC me deja sinceramente atónito, por la muestra de impericia legislativa que revela. El problema radica en que cualquier otra pena beneficia y protege al predisponente, invirtiendo los términos legales de partida. Si es más leve, por agravio comparativo, y, cuando resulte más dura, porque fomenta un abuso que, detectado, sale gratis al activista, por disolver los nexos que, sin su presencia, podrían serle gravosos (o, mejor dicho, justos).

En consecuencia, «*la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia*» (art. 10.1 LCGC). Ahora bien, parece imposible que las estipulaciones ilícitas y en serie arrastren el contrato a su caduca suerte, hasta el extremo de hacerlo inviable sin su concurso. Ya vimos anteriormente que una condición general puede añadir al acuerdo básico de las partes aspectos en cierta medida complementarios, pero excluyendo de todo punto las facetas esenciales, que nunca podrían ser impuestas o hurtadas de la negociación, a riesgo de negar la esencia del vínculo contraído. Denota una profunda falta de criterio imaginarse que un contratante

(69) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 336; ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, *op. y loc. cit.*, pág. 2849; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *La sanción...*, pág. 1193. RUIZ MUÑOZ justifica la nulidad parcial en discutibles presupuestos técnicos, del estilo de la divisibilidad del contrato y ausencia de culpa en el actor (cfr. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, pág. 297).

acepte a sabiendas cláusulas esenciales y predisuestas en su contra. En esta línea, resulta un absurdo el artículo 9.2, *in fine*, LCGC, pues advierte que se «declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1.261 del Código Civil». Esto significa, lisa y llanamente, reconocer que la causa, el consentimiento o el objeto de un contrato se impongan gracias a condiciones generales, lo cual deviene imposible. Si el afectado no conoció y tampoco pudo admitir de veras tal tipo de cláusulas, simplemente no se halla ligado a su cumplimiento, pero ¿cómo pueden ser esenciales sin saberlo?, máxime mientras versen de los elementos constitutivos del propio acuerdo (70). Luego la invalidez completa del contrato a causa de la ilicitud de condiciones generales cae al vacío y es profundamente contradictoria con la fisonomía de las instituciones implicadas.

Por el contrario, esta fórmula radical es algo más compatible con las cláusulas abusivas, porque su definición indica que no han sido pactadas individualmente y que quiebran el equilibrio de prestaciones o la buena fe, aunque, *a priori*, también son proscritas del ordenamiento mediante la medida ordinaria de ineficacia parcial por razones materiales. Así se declara en su norma específica, que no hacía ninguna falta repetir en el artículo 8.2 LCGC: «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo» (art. 83.1 TRLGDCU: «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»). Parece un despropósito introducir en el contrato una cláusula abusiva que comprometiera su destino conjunto. Se ha justificado ya que dicho efecto favorece a quien obra ilegítimamente, al que le basta confiar en que la cláusula pase desapercibida o, de lo contrario, permanecer incólume, ostentando su anterior posición jurídica, siquiera sea como amenaza. Este resultado significaría la impunidad de cuantos medran gracias a su predominio económico. Mas tampoco es del todo inaudito que, aprovechándose de una concreta situación de privilegio, una de las partes imponga determinado pacto a la otra, cuyo contenido puede ser esencial en la completa suma del vínculo. La duda estriba en si la ineficacia de aquél debe propagarse al entero contrato. La trascendencia de dichas cláusulas abusivas es aquilatable casuísticamente, tanto en su horizonte objetivo como subjetivo, pues que subordine a su existencia la del propio acuerdo depende de cada posición contractual. Considero cercano al ridículo que para el consumidor una concreta cláusula de carácter

(70) A mi juicio, es corregible la opinión de algunos autores, que pasan por encima de semejante obstáculo [v. gr., CLAVERÍA GOSÁLBEZ, cuando justifica la nulidad total en la causa falsa, que siempre traerá consigo indemnización de daños y perjuicios al adherente que sufra la circunstancia sin su culpa (cfr. *La sanción...*, págs. 1190 y 1193)]. ALFARO ÁGUILA-REAL prefiere la rescisión como fórmula correctora para un contrato, cuya esencia decae así (cfr. *Las condiciones...*, pág. 453).

abusivo se reputa constitutiva de su voluntad, pues no la pacta; mientras que para un empresario ejerciente de su prevalencia le queda mucho más próxima dicha categoría. Luego la esencialidad no es ambivalente al margen de los protagonistas, y tampoco autoriza siempre la rotura del nexo jurídico en que se inserta. Luego son matizables las expresiones del artículo 83, párrafo *in fine*, TRLGDCU, a cuyo tenor «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato». En la práctica, la inmensa mayoría de las condiciones desequilibrantes para el consumidor que se adhiere pueden de un modo u otro corregirse por el juez, «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa» (art. 10 bis.1, pfo. 4, *in fine*, LGDCU). En este sentido, creo que operan las expresiones, que parecen olvidarse, del propio artículo 83 TRLGDCU: «a estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario».

b) Cuestiones de legitimación activa

En cuanto a la forma de poner en práctica las sanciones previstas contra las cláusulas típicas e ilegales, el artículo 9.1 LCGC expresa rotundamente que «la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual». Ello implica que, fuera de los cauces previstos en el Capítulo IV LCGC para las «acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales», sujetas a un criticable régimen de legitimación restringida (71), las demandas tendentes a la nulidad de condiciones generales em-

(71) En concreto, a favor de: «1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros. 2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. 3. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores. 4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores. 5. Los colegios profesionales legalmente constituidos. 6. El Ministerio Fiscal. 7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los con-

prendidas por un afectado particular cualquiera —para quien se diseña la Ley, en cuanto adherente—, caen dentro del esquema común descrito en el ordenamiento. No ahorraré las expresiones que provoca un panorama definido por leyes especiales, que, por contradictorio que parezca, desbarata su sentido una vez restringe las fórmulas viables de hacerlas efectivas ante los Tribunales de Justicia, pues rozan el ridículo, cuando no el escarnio. Alabo Derechos como el italiano, que confían a sus modernos Códigos Civiles la defensa contra las condiciones generales, en cuanto episodio típico en el universo de la contratación a que pertenece. Así se logra que sea cualquier ciudadano favorecido por la protección jurídica que ofrecen, con arreglo a específicos cauces de tutela. Con ello, eluden los inconvenientes propios de complejas normas delimitadoras de los destinatarios en su ámbito subjetivo, en las que se llega incluso a intentar definir los partícipes en las relaciones jurídicas, en reglas a veces de perogrullo, pero que tampoco evitan interpretaciones jurídicas que obstaculizan su regular aplicación (72). No significa

sumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" (art. 16 LCGC, reformado por Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios). Acaso apelar al Ministerio Público permite que los sujetos singulares adquieran protagonismo no asociativo, pues entiendo que podrá proceder de oficio y a instancia de parte; pero, de todas formas, me parece muy escaso su alcance. Ahora bien, debe admitirse que la perspectiva constitucional de la defensa de los consumidores se confía sobre todo a las asociaciones (cfr. art. 51 CE y RD de 22 de junio de 1985 acerca del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones). El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios está plagado de normas que otorgan a dichos organismos un papel casi excluyente (cfr. Libro I, Título II: *Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios*). Todo ello vino auspiciado en la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios). Sobre la reciente jurisprudencia que matiza la legitimación colectiva en representación de los asociados, cfr. STS de 3 de noviembre de 2006 (que cita otras de 18 de mayo de 1993, 20 de noviembre de 1996 y 7 de noviembre de 2003), o en nombre propio (cfr. STS de 12 de junio de 2006 con cita de otras: STS de 29 de septiembre de 2005, en aplicación de lo que llama "la doctrina de la motivación por remisión", aceptada en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (STC 107/1998, de 18 de mayo; 21/2004, de 23 de febrero; 70/2004, de 19 de abril); concretamente, la STC 111/2004, de 12 de julio, resume las anteriormente dictadas y afirma que se puede utilizar la técnica de la motivación mediante la remisión a las resoluciones precedentes, siempre que el Tribunal haya tomado en cuenta los argumentos de los recurrentes y que la resolución a la que se remita la motivación, resuelva, a su vez, fundadamente la cuestión planteada (SSTC 11/1995, de 16 de enero; 116/1998, de 2 de junio, y 115/2003, de 16 de junio). Como afirmábamos en las sentencias de 18 de febrero y 18 de octubre de 2005, en el presente caso se cumplen las exigencias jurídicas del Tribunal Constitucional, por lo que se va a utilizar esta técnica argumental, con la finalidad además, de preservar el principio de igualdad en la aplicación de la Ley cuando se trata de casos coincidentes».

(72) Repárese la disputa que trae consigo el consumidor y su noción jurídica, que varía con arreglo al ordenamiento de que se trate, ya sea en la esfera geográfica o sectorial

que dichos países carezcan de normas específicas sobre los consumidores y usuarios, pero lejos de la disciplina contractual pura, de carácter abstracta, que permanece incólume. Lo peligroso es sustraer de las normas comunes la parte general de los contratos; práctica perniciosa, según creo, pues restringe su esfera de aplicación, y, por tanto, de amparo (73). Mientras la *lex mercatoria* surgió como un concreto estatuto de los agentes de un determinado sector del tráfico jurídico, y en atención a las circunstancias del supuesto, ahora se intenta cosa semejante para sus destinatarios; con muy parecidos fines, aunque quizá mejorable técnica. Con ello, cobra peligro real que los ciudadanos sean reducidos a consumidores a los efectos de su protección, máxime cuando los sistemas procesales ideados en su beneficio propiamente se asientan sobre un discutible predominio jurídico de las organizaciones que pretenden englobar sus intereses comunes. Los individuos se diluyen en colectivos, y éstas en categorías teóricas e impersonales.

No sería tan criticable la iniciativa si tampoco redundara como perjuicio en la libertad de maniobra de los ciudadanos. En la respuesta ofrecida por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, mientras los individuos quedan circunscritos a los procedimientos comunes para vindicar sus derechos, las entidades mediáticas gozan de atribuciones llamativas en la materia (74). Las «*acciones colectivas de cesación, retractación y declara-*

(cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987).

(73) Fórmula que, por otro lado, se conserva en España para concretos problemas contractuales. Uno de sus ejemplos más característicos constituye la Ley Azcárate de represión de la usura, de 23 de julio de 1908, que tanto juego ha dado en la Jurisprudencia.

(74) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *Revista General de Derecho*, 2000, págs. 6143-6186; BENDITO CAÑIZARES, M. T., «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, págs. 403-480; MÉNDEZ TOMÁS, R. M., y VILALTA, A. E., *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*, Barcelona, 1999; y PORTELLANO DÍEZ, P., «Las acciones de control abstracto de condiciones generales», en *Revista de Derecho Mercantil*, 2000, pág. 438 y sigs. Resultan además llamativos otros aspectos procesales, porque admite siempre recurso de casación (cfr. art. 18.3 LCGC), cuya sentencia provoca un sistema de precedentes desconocido hasta el momento, pues «vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieren sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo disponente» (art. 20.4 LCGC y cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo», en *La Ley*, núm. 4640, 1998), como advirtió el Consejo de Estado en su dictamen previo. Un complemento del sistema judicial elegido para el combate contra la nociva presencia de las condiciones generales se ofrece por su Registro publicitario de nueva factura. Poco cabe afirmar de los detalles organizativos y funcionales del Servicio —descritos sucintamente en el art. 11 LCGC, al amparo de la Exposición de Motivos de la Ley, que lo declara jurídico—, salvo que ahora se adscribe al Registro de Bienes Muebles como sección especial, según recientemente criticado con fundamentos de relieve por GÓMEZ MATOS (cfr. *El Registro de*

tiva de condiciones generales» (Capítulo IV LCGC) quedan reservadas sólo a los entes colectivos (cfr. art. 16 LCGC). Ello se agravaba cuando el artículo 18 LCGC —derogado por la Disposición Derogatoria única, apartado 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*— permitió a estas corporaciones intervenir mediante personación en los procesos promovidos por otra cualquiera parte legitimada, sin que se retrotrajeran las actuaciones, pero concediéndoles autonomía en la defensa de sus intereses (cfr. art. 18.2 LCGC). Por consiguiente, hasta se olvida la pertenencia de los sujetos activos del contrato en curso para conceder a estas entidades legitimación procesal. Esta doble vara de medir me parece discriminatoria, máxime cuando desprecia las actuaciones de los individuos en favor de sus órganos aglutinadores de intereses conjuntos, incluso al margen de la efectiva militancia de los concretos afectados. Entiéndaseme bien, no critico que las organizaciones de personas afectadas por el asunto puedan intervenir, instando las oportunas acciones protectoras. Sin duda es positivo facultarlas a este propósito, que redundaría en el mejor servicio de los asociados y de los colectivos que representan. La censura que aventuro se centra en el dato, no pequeño, de que su legitimación resulta excluyente de la de los particulares, a quienes se destina la no muy lucida tarea de acudir al régimen común descrito en las normas comunes que, por inespecíficas, constituyen muy escaso recurso (75). La idea se plasma en las escasas sentencias que dicho procedimiento ha producido. En contraste, otros Derechos someten las entidades colectivas al régimen general descrito para las personas jurídicas en el respectivo Código Civil y aunque les otorguen legitimación acumulable, no reemplazan, excepto man-

Bienes Muebles, Pamplona, 2005. Vid., igualmente, BUSTOS LAGO, M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939-2004; y CABANAS TREJO, R., y BONARDELL LENZANO R., *El Registro de condiciones generales de contratación: una aproximación crítica a su reglamento*, Madrid, 2001).

(75) Un buen ejemplo de la confusión sembrada en la materia suministra la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya Disposición Final sexta, apartado 5 (Ley 1/2000, de 7 de enero) «añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en los siguientes términos: “Disposición Adicional cuarta: Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación”». Cualquier observador perspicaz estaría de acuerdo en que la Ley remitida no contiene resorte jurídico individualizado de ninguna especie. No acaban aquí, sin embargo, las imprecisiones, porque acto seguido asocia consumidores y usuarios con las acciones colectivas, cuando la norma sectorial se lo veda, ya como adherentes, consumidores, usuarios, profesionales, o bien protagonicen cualquier otra función en el mercado. Mayor índice de yerros no es sencillo imaginar en tan breve inciso. La Jurisprudencia impuso en el pasado más cordura en la legitimación procesal institucionalizada (cfr. SSTs de 21 de diciembre de 2000; 31 de enero de 1998, y 20 de noviembre de 1996).

dato, a sus miembros. Un sistema de tales características permite aunar esfuerzos en la defensa de los consumidores, pero sin reducir sus expectativas de forma desconsiderada, como ahora sucede.

c) *Recomposición del convenio mutilado de cláusulas ilícitas*

Junto al problema de la purga de las condiciones generales, también suscita interrogantes el remedio que la Ley ofrece para completar los contratos que se vean sustraídos de su parte antijurídica. Se trata de urdir fórmulas para mantener la vigencia práctica del acuerdo que ahora resulta parcialmente amputado de diversas cláusulas generales declaradas nulas o no puestas. En pleno paralelo con el régimen de integración del contrato previsto en el artículo 83 TRLGDCU para los pactos abusivos (76), el artículo 10.2 LCGC alude a que *«la parte del contrato no afectada por la (...) nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo»* (77).

(76) Como la Exposición de Motivos de la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios alegaba, *«esta Ley pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección»; «estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1.258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada»*. En su virtud, se reforma el artículo 83 TRLGDCU: *«1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato»*.

(77) En la perspectiva de la gramática, el precepto es francamente mejorable. Parece un despropósito la utilización reiterada del *mismo* en forma pronominal y reproducir *dispuesto* y *disposición* en idéntico inciso. Fortalece la idea, independizándola de la superflua erudición, el hecho de que usar *mismo* como pronombre provoca al equívoco de su objeto, que puede ser *Código Civil*, pero también *artículo 1.258*. Si fuera lo primero, existe remisión implícita sobre sus artículos 1.281 y siguientes, mientras que su alternativa conduce a un análisis de contenido acerca del precepto en cuestión que siembra la duda. Por eso, estimo la primera de las opciones la más válida, máxime cuando se reitera el criterio en el artículo 6.3 LCGC que, dentro de las *reglas de interpretación*, establece que, para *«lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos»*. Todo ello manifiesta la escasa elaboración de la Ley, que incurre con frecuencia en reiteraciones materiales y jurídicas; en este caso, en

Aun cuando los especiales criterios hermenéuticos de las condiciones generales previstos en su específica Ley se dejan para el último epígrafe, que abordaré a continuación, las reglas interpretativas comunes contempladas en el Código Civil sirven también para integrar el contenido vacante. La tarea compete al juez, en la medida que forma parte de la exégesis de los contratos sometidos a su criterio. En palabras de la STS de 11 de noviembre de 2004, «las normas para la interpretación del contrato de seguro son las generales para la interpretación de los contratos, contenidas en el Código de Comercio (art. 58 y sigs.) y Código Civil (art. 1.281 y sigs.). Por tanto, habrá que buscar la voluntad común de las partes, que se descubrirá, en primer término, con el sentido recto, propio y usual de las palabras (art. 57 del Código de Comercio). Ahora bien, si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas (art. 1.281.2 del Código Civil). Para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de éstos (art. 1.282 del Código Civil)». Es decir, la concertación de un negocio determinado sólo puede obedecer a una voluntad conjunta expresada de modo hábil y tales hechos deben respetarse. La integración de los vacíos causados *ex* ineficacia de las condiciones generales ilícitas exige sustituirlas por el propósito conjunto de las partes, expresada en el global acuerdo mutuo del que se apartaron. Así se comprende la cita que introduce la Ley de Condiciones Generales de la Contratación acerca del artículo 1.258 del Código Civil (cfr. art. 10.2 LCGC), a cuyo tenor, «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Los contratos gozan *per se* de un alcance típico y ordinario, acorde a su manera de ser. Cuando los protagonistas no hayan pactado nada o pierda lo convenido su fuerza por óbice jurídico, entra en liza este mecanismo integrador, que respeta las fuentes consuetudinarias y legales. A ello se añade la regla de la buena fe, cuyo relieve ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en su conjunto, sobre todo a partir de las apreciaciones vertidas por DE CASTRO Y BRAVO. Así se logra conjurar el *horror vacui* que parece sentirse ante cláusulas privadas de vigencia por notoria ilicitud.

El bagaje arquetípico de los contratos con arreglo a la categoría que materialicen, proviene de la voluntad de las partes debidamente declarada. Su manifestación es tan insoslayable que constituye la primera pauta interpretativa de su resultado: «*si los términos de un contrato son claros y no dejan*

número de tres, porque las Disposiciones Adicionales contienen las reformas de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios plasmada en su nuevo artículo 10 bis, refaccionado con arreglo a la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios y ahora en los artículos 85 a 91 del Texto Refundido.

duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas» (art. 1.281, pfo. 1, CC). Además, en hipótesis de discordancia externa —fenómeno conocido desde antiguo bajo la rúbrica de los *verba/voluntas*— prevalece su efectivo deseo sobre lo expresado por los partícipes (cfr. art. 1.281, pfo. 2, CC), cuya verdad se averigua gracias «*principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*» (art. 1.282, *in fine*, CC). Las lagunas en este orden se complementan con criterios objetivos dictados por la recta lógica; y así, por ejemplo, «*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*» (art. 1.283 CC). Esta vertiente anímica obedece a la esencia de los contratos, que suponen concierto de voluntades sobre causa y objeto (cfr. art. 1.262 CC). Claro está que dicho propósito se desprende de su apta manifestación en Derecho, mediante los términos en que se vertebra, por ello no cabe omitir el adecuado contexto en que se inserta, pues «*las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*» (art. 1.285 CC).

Puede suceder que la faceta subjetiva de interpretación tampoco aporte soluciones hábiles para regir un determinado supuesto. Entonces operan fórmulas más abstractas, que señalan el verdadero sentido de lo aceptado. Así, «*las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*» (art. 1.286 CC). En concreto, «*cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses*» (art. 1.289, pfo. 1, CC). Como puede colegirse, late aquí la idea expresada en el artículo 1.274 del Código Civil acerca de la causa de los contratos, que apunta en esta sabia dirección objetiva. En efecto, el despliegue del pacto desborda su simple declaración fundante. La entidad jurídica que produce se alimenta de fuentes legales —dispositivas en la tradición codificadora—, consuetudinarias —cuyo empleo alumbró el sentido y alcance de lo convenido, según el artículo 1.287 del Código Civil: «*el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*»—, axiológicas —la buena fe marca sus límites difusos— y, sobre todo, apropiadas a la categoría que asuman. Las reglas hermenéuticas igualmente incorporan principios jurídicos generales de la disciplina contractual, como el *favor negotii* o de la conservación de negocio. Luego «*si alguna cláusula de los contratos admitiere*

diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto» (art. 1.284 CC). Interesa reconocer que las condiciones generales por hipótesis afectan al contenido accidental del acuerdo, por lo que serán interpretadas en términos de vigencia y no de frustración de su propósito, pues «*si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo»* (art. 1.289, pfo. 2, CC).

En síntesis, prospera el canon de la nulidad parcial, tanto para las cláusulas generales como para las abusivas. Su característica irrelevancia se identifica con el destino jurídico de tenerlas por no puestas. En el conjunto del contrato quedan extraídas, debiendo integrarse con arreglo a los imperativos de la buena fe y de la entidad de la relación jurídica emprendida entre los partícipes.

4. ESPECÍFICAS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN

a) *La exégesis jurídica como límite de las condiciones generales*

En disyuntiva con la sanción que proporciona el ordenamiento a las condiciones generales ilícitas, existen algunos filtros suplementarios en forma exegética para la más oportuna vigencia de las que se incorporan al contrato.

Hasta su naturaleza de control produce intenso debate jurídico, pero, como a menudo sucede con definiciones teóricas, acaso varíe su modo de presentarse, aunque no el resultado final. Que la interpretación modela los pactos es evidente a la vista de la jurisprudencia. Incluso constituye la última y universal fase de los mecanismos fiscalizadores aparejados a las cláusulas impuestas. Al primero, que juzga de su incorporación —por los elementos externos de cognoscibilidad (78)—, le sigue otro sobre su eficacia —basada en el juicio del contenido material que incorpora— y ambos culminan en el que fija su efectivo alcance gracias a las peculiares pautas hermenéuticas que reclama. Si se me apura, tratando de condiciones generales *puras* o *simples* —esto es, no abusivas y que cumplen los requisitos externos imprescindibles para integrar el contrato—, diría que su auténtico límite consta en la exégesis a que se ven sometidas por su idiosincrasia. El Derecho acepta estas modalidades de negociación, pero atempera sus peligros frente a quien las padece, fijando el sentido más acorde con su postura. Como afirma la STS de 1 de

(78) Constituyen un indicio valioso las expresiones de la STS de 21 de marzo de 2007: «la Audiencia, ante todo, consideró acreditado que los compradores conocían o podían conocer, con carácter previo a la firma notarial de la escritura de compraventa, la disposición estatutaria».

julio de 1997, «la regla de la interpretación más favorable para el asegurado no elimina las cláusulas de las condiciones generales de la póliza donde se define cuál es el riesgo cubierto en el seguro de accidentes». El *favor negotii* como pauta mínima resulta compatible con unas cláusulas generales cuyo alcance se matiza en beneficio del adherente.

La jurisprudencia confirma este sistema de controles sucesivos y en cascada. La STS de 29 de enero de 1996, con cita de otras, asegura que «las condiciones generales, en cuanto aminoran la indemnización base pactada, son decidida y unilateralmente aportadas al negocio, como restadoras de la cobertura convenida. No se generan por previo concierto de las partes, dándose ausencia de todo acto prologal, representado por la discusión del objeto y alcance del negocio a pactar (STS de 27 de noviembre de 1991), lo que impone su necesario control por vía interpretativa, a cargo de los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de la vigilancia de la Administración (STS de 11 de abril de 1991), en sus específicas atribuciones. La suscripción y aceptación expresa de dichas condiciones determina su valor normativo y vinculación para el tomador (SSTS de 31 de mayo, 4 y 9 de junio, 23 de diciembre de 1988 y 8 de marzo de 1990), en cuanto actúa como parte adherente al contrato y de tal forma incide la no aceptación en forma bien expresada de toda condición que represente limitación de derechos, que ocasiona su no integración en el contrato, teniéndola como si no formara parte del mismo (STS de 26 de mayo de 1989). Dichas condiciones limitativas únicamente tendrían valor y obligarían a quien las suscribe, si éste de forma taxativa y por escrito bien determinante la hubiera aceptado (STS de 7 de febrero de 1992)». Sobre la base de su naturaleza contractual —se impone por una de las partes, pero la otra las acepta, en la medida en que superan las garantías internas contra el abuso—, se ajustan de ordinario a licencias o modelos administrativos propios de los sectores del tráfico jurídico en que prosperan y, por último, soportan singulares cánones interpretativos aplicados por los Tribunales de Justicia.

Las reglas hermenéuticas articuladas para las condiciones generales derivan de los principios básicos que guían su disciplina; y así, el trato más favorable al consumidor se amplía en beneficio de los protagonistas pasivos del mercado. Su traducción práctica encuentra uno de sus más propicios terrenos en las directrices prevenidas en el artículo 6 LCGC (modificado por Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de *mejora de la protección de los consumidores y usuarios*): «1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta

norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales» (79).

La interpretación de los contratos —y de las condiciones generales que los integran— es facultad que se confiere a los Tribunales de Justicia y me atrevería incluso a decir que resulta el empeño que más labor les demanda (80). Son incontables las sentencias que aplican los principios informadores sabiamente combinados con las reglas positivas. El punto de arranque concibe a los jueces no sólo competentes para desentrañar el contenido de los acuerdos, sino también su nomenclatura empleada por las partes. El axioma de que las cosas responden a su realidad ontológica, y no a la definición que se les quiera conferir, es reiteradísimo en la jurisprudencia, que lo esgrime sobre todo a la hora de calificar la naturaleza de los convenios y, por tanto, establecer el contenido que les resulta propio a falta de pactos especiales. Aquí, a menudo también juega la pauta *in claris non fit interpretatio*, que tantas confirmaciones ha recibido por el Tribunal Supremo. Por lo que ahora interesa, la STS de 24 de julio de 2002 reafirma que la categoría de condición general o específica pertenece a la esencia de las cosas, resulta objetiva y ha de juzgarse con realismo, sin depender del título que se les asigne artificiosamente.

(79) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La interpretación de las condiciones generales de los contratos», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1987, págs. 7-61; FERRER RIBA, J., «Comentario al artículo 6.1 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios...*, pág. 361 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G., «Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de Obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, pág. 37 y sigs.; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 6 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, pág. 235 y sigs.; SALVADOR CODERCH, P., y RUIZ GARCÍA, J. A., «Comentario al artículo 6.2 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios...*, pág. 384 y sigs.; y EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 6.3 LCGC», en *ibídem...*, pág. 409 y sigs.

En paralelo para las cláusulas abusivas incorpora el artículo 80.2 TRLGDCU —«en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor»— el mismo principio inspirador.

(80) No debe confundirse «la interpretación de los contratos con la interpretación judicial de las normas en general. Mientras las reglas hermenéuticas que se citan, en primer lugar, son, a su vez, objeto de interpretación judicial; la segunda operación constituye la tarea judicial por antonomasia» (STS de 23 de julio de 1996 y cfr. STS de 13 de julio de 2002). Es decir, «el artículo 1281.1.º del “Código Civil” contiene una regla interpretativa de los contratos, no de las normas legales cuya interpretación ha de realizarse de acuerdo con los criterios que establece el artículo 3.1 del citado Código» (STS de 31 de enero de 1988). Igualmente, «la doctrina de esta Sala viene reiterando que no cabe confundir los temas de interpretación contractual con los de índole probatoria (sentencias, entre las más recientes, de 10 de junio, 11, 25 y 27 de octubre de 2004), porque mientras la apreciación probatoria atiende a la fijación de los hechos, la hermenéutica incide en la tarea de indagación y alcance jurídico de los mismos (sentencias de 23 de diciembre de 1982, 30 de octubre de 1985, 2 de abril de 2002, 12 de mayo de 2003, 2 de abril y 30 de septiembre de 2004)» (STS de 22 de abril de 2005).

A pesar de la cercana fecha de la Ley de condiciones generales, puede decirse que hay elaborado un cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre su más oportuna interpretación, que me servirá de guía en el análisis. En el fondo, al margen de disquisiciones teóricas, en su puesta en práctica por los jueces, se adivina que ambos criterios exegéticos singulares de las cláusulas generales acaban coincidiendo. Serían dos caras de la misma moneda, que se ofrece a cambio de la imposición al adherente y en su exclusivo favor. La STS de 30 de enero de 2002 es elocuente: «ha de recordarse que las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones asegurativas deben ser resueltas en favor del asegurado, dada la naturaleza de contrato de adhesión del seguro (STS de 18 de julio de 1998 y 7 de diciembre de 1998), así como, desde otra perspectiva, la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales si resultaran más beneficiosas para el asegurado (STS de 22 de enero de 1999)». El privilegio del adherente opera en un doble plano. Primero, al considerar que, habida cuenta de su madurez, conocimiento y advertencia, los acuerdos concretos que cierre resultan de mejor encaje para sus intereses que aquellos sobrellevados por imperativos de la negociación en masa. Salvo prueba contraria, se presume la mayor eficacia negociadora de los individuos, pues, *a priori*, nadie opera en su propio daño.

b) *Control de las condiciones sorprendentes*

En este perfil cobran indudable protagonismo las llamadas condiciones sorprendentes (81), que constituyen un atentado a la contractualidad atribuible a dicho fenómeno. Aparte de que vician su efectiva comprensión —pues fueron cláusulas malentendidas en su momento—, tampoco parecen ajustarse a la naturaleza del vínculo establecido, por eso su alcance insólito. Luego no superan el control sobre las condiciones generales, viéndose abocadas de un modo u otro a su desincorporación, y haciendo necesario integrar su contenido con arreglo a los esquemas ya estudiados.

En efecto, la jurisprudencia establece con rigor que las cláusulas insospechadas quiebran la unidad del contrato y su armonía interna. Esta visión conjunta del acuerdo debe prevalecer en su exégesis: «los criterios interpretativos legales no son excluyentes y el medio hermenéutico denominado de la totalidad se halla expresamente reconocido en el artículo 1.285 del Código Civil y en una constante doctrina jurisprudencial sobre la interpretación sistemática (STS de 24 de junio y 4 de diciembre de 1989, 21 de febrero y 23 de julio de 1991 y 22 de mayo de 1992) expresiva de que la intención de los

(81) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 241 y sigs.; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 545 y sigs.

contratantes es indivisible no debiendo prevalecer la interpretación literal de una cláusula. Es cierto que si la literalidad refleja, sin duda razonable, la intención de los contratantes y no se ve contradicha por el todo orgánico del contrato, ha de estarse a la misma» (STS de 30 de enero de 2002). Así, por ejemplo, si una condición general que fija el riesgo en un contrato de seguro aparece inopinadamente dentro de un clausulado conjunto que no es compatible con aquélla, se transforma en abusiva y extraña —«en el supuesto de que alguna de estas últimas cláusulas delimitase el riesgo en forma sorprendente, por no poder calificarse de normal o frecuente la restricción que impone, vendría a convertirse de hecho en una cláusula limitativa de los derechos del asegurado» (STS de 13 de julio de 2002)—, debiendo excluirse.

c) *El favor del adherente y de su concreta voluntad*

El predominio de las condiciones pactadas en concreto sobre las generales es idea que cuenta con precedentes, cuya trayectoria permitió a los jueces adecuar los pactos en serie incluso antes de la promulgación de su Ley específica. En palabras de la STS de 20 de marzo de 2003, «la naturaleza contractual de las condiciones generales, recogida en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, se ha afirmado de forma constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual ha considerado a las condiciones generales de los contratos de seguro como cláusulas contractuales. Una de las consecuencias prácticas de esta calificación radica en que el Tribunal Supremo ha aplicado a las condiciones generales las normas relativas a la interpretación de los contratos». Sin embargo, el reconocimiento expreso de «la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales lo establece el artículo 10.2 de la Ley de Defensa de los Consumidores» (STS de 29 de enero de 1996). A partir de su vigencia, dicho canon singular se consagra de manera definitiva: «en la interpretación del contrato de seguro, aún [*sic*] cuando la jurisprudencia tiende a aplicar unos criterios uniformes en todos los casos, estimamos que debe distinguirse el supuesto en que las condiciones del contrato (tanto generales como particulares), son predisuestas por el asegurador, del caso en que esto no suceda. En caso de contradicción entre las condiciones generales y las particulares, debe entenderse que prevalecen éstas sobre aquéllas, y lo mismo sucederá cuando sean incompatibles. La prevalencia de la condición particular sobre la general encuentra su fundamento en la idea de que aquélla refleja mejor la voluntad común de las partes» (STS de 11 de noviembre de 2004; y cfr. SSTs de 4 de diciembre de 1998, 22 de enero de 1999 y 30 de enero de 2002).

Ahora bien, la preferencia de las cláusulas efectivamente pactadas sobre las impuestas por una de las partes no es absoluta, porque sólo «las condi-

ciones generales prevalecerán sobre las particulares si resultan más beneficiosas para el asegurado (art. 6.1 LCGC)» (STS de 11 de noviembre de 2004). Es de reconocer que la fórmula constituye una reserva legal en sus propios términos, y supone una excepción práctica como hipótesis. No obstante, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de abril de 1999 ofrece un ejemplo ilustrativo: «si la cláusula de prestación de la fianza, que tiene esta naturaleza, más que la de una condición particular introducida para modificar las condiciones generales, hubiera querido variar lo consignado en la estipulación decimocuarta, sería necesario que así lo hubiese expresado, poniendo de manifiesto que la Caja de Ahorros acepta las condiciones de la presente operación con excepción de lo previsto en la repetida estipulación decimocuarta, caso en que posiblemente el IRYDA no hubiese admitido la fianza ofrecida».

La segunda regla de interpretación contemplada en el artículo 6 LCGC reconoce la primacía del beneficio del adherente para los casos en que se susciten dudas. El principio cuenta con antecedentes, incluso en el artículo 1.288 del Código Civil, a cuyo tenor *«la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad»*. Habida cuenta que opaca quien impone la cláusula, se frena cualquier beneficio al predisponente por este motivo. La jurisprudencia estableció el nexo entre ambas normas, pues adujo que «la aplicación de tal precepto “artículo 1.288 del Código Civil” es subsidiario, cuando se acude directamente a la interpretación literal, y, requiere, como dato de hecho, la necesidad de la existencia de dudas, lo que no acontece en el presente caso, de suerte que ha de seguirse la pauta jurisprudencial, según la cual es la literalidad del documento la que debe prevalecer ante la carencia de cualquier duda en relación con la voluntad contraria de los contratantes» (STS de 23 de julio de 1996 y cfr. SSTs de 3 de noviembre de 2006 y 18 de noviembre de 1994). Por tanto, introdujo en el texto del Código Civil un novedoso requisito previo de incertidumbre, que se consagra en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Acerca de dicha coyuntura dudosa sobre la significación de una determinada cláusula, me parece también muy elocuente la STS de 25 de junio de 2004, aun cuando aplica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «el término, en cualquier caso, puede presentar dudas (y por eso, se han dado aquí dos sentencias distintas al respecto, las dos bien motivadas), al no especificarse en la póliza claramente los supuestos de la cláusula 2 dicha, amparados en la póliza para el tomador del seguro (...) lo que exige una labor hermenéutica que, en principio, aparece como de cierta complicación (...), y aplicar, al contrato de adhesión, en qué consiste la póliza del seguro, en cuanto “impuesta” su redacción al “consumidor” o “usuario” del mismo (tomador) el beneficio procesal del artículo 10.2, párrafos 1.º y 2.º de la Ley de Defensa de los mismos».

Con todo, ambas reglas interpretativas se distancian de manera profunda en su signo, aunque tal vez no en su verdadero alcance. Mientras el artículo 1.285 del Código Civil establece un principio sancionador de quien causa la opacidad, el artículo 6 LCGC contempla el beneficio de quien lo sufre. No son exactamente idénticas, ni en contenido ni en resultados. La confusión entre los extremos resulta curiosa, y casi maniquea, pues cambia de sentido y protagonista: de *contra proferentem* a *favor adherentem*. Nada mejor para ilustrarlo que un ejemplo válido. La STS de 20 de noviembre de 2003, con cita de otras varias (82), acentúa esta tendencia, basándola en los orígenes de la pauta *ex* artículo 1.288 del Código Civil: «esta norma establece la regla *contra proferentem*, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, sí favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará en favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La jurisprudencia ha sido reiterada en la aplicación de este artículo y en la interpretación de la regla *contra proferentem*», porque «la STS de 22 de febrero de 1989 afirma que “cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer a la recurrente (aseguradora, pues sería imputable a deficiencias de redacción sólo a ella misma atribuibles por tratarse de un contrato de adhesión)”» (STS de 21 de febrero de 2003; y cfr. STS de 12 de julio de 1988). Por el contrario, traduce mejor el *favor adherentem* la STS de 18 de diciembre de 1998: «debiendo, por otro lado, ser interpretada de modo restrictivo la cláusula o condición general que así lo establezca, cuya interpretación no puede llevar en ningún caso a la pérdida, por parte del asegurado, de su derecho a la indemnización correspondiente».

La prueba del atisbo que separa sendos criterios obra en su diferente procedencia. El primero es una especificación del principio jurídico *qui allegans propriam turpitudinem nemo auditur*, que tanto relieve alcanza en materia contractual, ya sea hermenéutica y hasta de validez. El segundo adapta para las condiciones generales el prejuicio *pro consumitore*, habida cuenta que la Ley específica es de alcance universal por causa de los sujetos pasivos.

(82) Cfr. SSTs de 12 mayo de 1983; 12 de diciembre de 1988; 15 de noviembre de 1989; 8 de marzo de 1990; 20 de marzo y 5 de septiembre de 1991; 22 de julio de 1992; 7 de diciembre de 1998, y 8 de noviembre de 2001. Incluso la doctrina más autorizada intercambia los términos legales con facilidad asombrosa: cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 484 y sigs.

Esta tendencia es tan poderosa que, a la postre, reúne los cánones específicos de interpretación en la materia: que las condiciones particulares se impongan sobre las generales cuando haya conflicto no supone otra cosa que favorecer al adherente que así las pactó, a diferencia de las demás, sobrevenidas por impuestas. Incluso es tan nítido el propósito que, cuando se demuestre más beneficiosa la general opuesta, supera también, pero inopinadamente, al convenio específico. Cualquiera diría que de forma paradójica triunfa el interés de quien se adhiere contra sus acuerdos.

IV. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA

A) BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las cláusulas abusivas no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, Madrid, 2004, págs. 75 y sigs.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La interpretación de las condiciones generales de los contratos», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1987, págs. 7-61.
- *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 32, págs. 2836 y sigs.
- BADENAS CARPIO, J. M., «Comentario al artículo 2 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, págs. 37 y sigs.
- BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro*, Madrid, 1999.
- BENDITO CAÑIZARES, M. T., «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, págs. 403-480.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 47/1998, abril-agosto de 1998, págs. 725-736.
- «Protección de los consumidores», en *Aranzadi Civil*, núm 19, 2007, págs. 11 y sigs.
- (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000.
- BUSTOS LAGO, M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939-2004.

- CABANAS TREJO, R., y BONARDELL LENZANO R., *El Registro de condiciones generales de contratación: una aproximación crítica a su reglamento*, Madrid, 2001.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXV-I, 1982, pág. 41 y sigs.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, M., «Condiciones generales en la contratación financiera», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 651, 1999, págs. 389-440.
- *La ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1998.
- CALZADA CONDE, M. A., «Comentario a la sentencia de 9 de febrero de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35/1994, abril-agosto de 1994, págs. 526-536.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La predisposición del contenido contractual», en *Revista de Derecho Privado*, 1979, pág. 671 y sigs.
- «La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1993, pág. 1190.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975.
- DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 6 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 235 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en AA.VV., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, 1996, pág. 29 y sigs.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura*, I, Madrid, 1994, pág. 658.
- DURÁN RIVACOBIA, R., «Condiciones generales puras o simples en la contratación», en *Hacia un Código del consumidor*, Madrid, 2006, págs. 161-296.
- «La nueva Ley española sobre las condiciones generales de la contratación», en CORRAL TALCIANI, H. (editor), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago de Chile, 1999, pág. 75 y sigs.
- DURANY PICH, S., «Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 264 y sigs.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 6.3 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 409 y sigs.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 473 y sigs.
- FELIÚ REY, M. I., «Comentario al artículo 5 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999, pág. 54 y sigs.

- FERRER RIBA, J., «Comentario al artículo 6.1 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 361 y sigs.
- GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969.
- GARCÍA CANTERO, G., «Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, pág. 37 y sigs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación», en *La Ley*, núm. 4640, 1 de octubre de 1998, pág. 1 y sigs.
- GARRIDO PARENT, D., «Las condiciones generales del contrato de transporte aéreo de pasajeros y de su equipaje», en *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2007, pág. 15 y sigs.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario a los artículos 7 a 10 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, pág. 71 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pág. 1590 y sigs.
- GÓMEZ MATOS, M., *El Registro de Bienes Muebles*, Pamplona, 2005.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 5 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 139 y sigs.
- «Comentario al artículo 7 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 235 y sigs.
- INFANTE RUIZ, F., «La exclusión de la regla *contra profeentem* en el procedimiento de control abstracto», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pág. 159 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003.
- LETE ACHIRICA, J., «Cláusulas de atribución de competencia en contratos con condiciones generales», en *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, págs. 498-506.
- LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales: un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predisuestas en contratos con consumidores», en AA.VV., *Curso de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, pág. 392.
- MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Cádiz, 2002.
- MÉNDEZ TOMÁS, R. M., y VILALTA, A. E., *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*, Barcelona, 1999.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor A. Menéndez*, IV, Madrid, 1995, págs. 4942 y sigs.

- ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación y condiciones generales», I, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4/2000, pág. 23 y sigs.
- «Derecho de la contratación y condiciones generales», II, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5/2000, pág. 40 y sigs.
- OSSORIO GALLARDO, A., «Crisis en la dogmática del contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pág. 1175 y sigs.
- OTERO LASTRES, J. M., «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1977, pág. 759 y sigs.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Madrid, 1999.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 9 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 235 y sigs.
- PERDICES HUETOS, A. B., «Comentario al artículo 10 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pág. 519 y sigs.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», en *Aranzadi Civil*, núm. 17/2003, pág. 1 y sigs.
- PETIT LAVALL, M. V., «El requisito de rigidez o imposición de las condiciones generales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pág. 199.
- POLO SÁNCHEZ, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990.
- PORTELLANO Díez, P., «Las acciones de control abstracto de condiciones generales», en *Revista de Derecho Mercantil*, 2000, pág. 438 y sigs.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)», en *Derecho Notarial*, núm. 86, 1998, pág. 12 y sigs.
- ROPPA, E., *Contratti standart*, Milán, 1989.
- ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 54 y sigs.
- RUÍZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993.
- SALEILLES, R., *La déclaration de volonté*, París, 1902, pág. 299 y sigs.
- SALVADOR CODERCH, P., y RUÍZ GARCÍA, J. A., «Comentario al artículo 6.2 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pág. 384 y sigs.
- SERRANO ALONSO, E., «Las condiciones generales en los contratos y las cláusulas abusivas», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Madrid, 2004, pág. 4689 y sigs.
- URÍA GONZÁLEZ, R., «Reflexiones sobre el contrato mercantil en serie», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, II, pág. 221 y sigs.
- VICENT CHULIÁ, F., «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *Revista General de Derecho*, 2000, págs. 6143-6186.

B) JURISPRUDENCIA

1. *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

- [1] STJCE de 17 de marzo de 1983 (C-94/82).
- [2] STJCE de 7 de marzo de 1990 (C-362/88).
- [3] STJCE de 13 de diciembre de 1990 (C-238/89).
- [4] STJCE de 14 de marzo de 1991 (C-361/89).
- [5] STJCE de 16 de enero de 1992 (C-373/90).
- [6] STJCE de 25 de febrero de 1992 (C-203/90).
- [7] STJCE de 18 de mayo de 1993 (C-126/91).
- [8] STJCE de 2 de febrero de 1994 (C-315/92).
- [9] STJCE de 29 de junio de 1994 (C-288/92).
- [10] STJCE de 29 de junio de 1995 (C-456/93).
- [11] STJCE de 6 de julio de 1995 (C-470/93).
- [12] STJCE de 26 de noviembre de 1996 (C-313/94).
- [13] STJCE de 16 de julio de 1998 (C-210/96).
- [14] STJCE de 27 de junio de 2000 (C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98).
- [15] STJCE de 9 de septiembre de 2004 (C-70/03).

2. *Tribunal Constitucional*

- [16] STC 107/1998, de 18 de mayo.
- [17] STC 21/2004, de 23 de febrero.
- [18] STC 70/2004, de 19 de abril.
- [19] STC 111/2004, de 12 de julio.
- [20] STC 11/1995, de 16 de enero.
- [21] STC 116/1998, de 2 de junio.
- [22] STC 115/2003, de 16 de junio.

3. *Tribunal Supremo*

- [23] STS de 23 de diciembre de 1982.
- [24] STS de 12 de mayo de 1983.
- [25] STS de 30 de octubre de 1985.
- [26] STS de 31 de enero de 1988.
- [27] STS de 31 de mayo de 1988.
- [28] STS de 4 de junio de 1988.
- [29] STS de 9 de junio de 1988.
- [30] STS de 12 de julio de 1988.
- [31] STS de 12 de diciembre de 1988.
- [32] STS de 23 de diciembre de 1988.
- [33] STS de 22 de febrero de 1989.

- [34] STS de 26 de mayo de 1989.
- [35] STS de 24 de junio de 1989.
- [36] STS de 15 de noviembre de 1989.
- [37] STS de 4 de diciembre de 1989.
- [38] STS de 28 de febrero de 1990.
- [39] STS de 8 de marzo de 1990.
- [40] STS de 9 de noviembre de 1990.
- [41] STS de 21 de febrero de 1991.
- [42] STS de 20 de marzo de 1991.
- [43] STS de 11 de abril de 1991.
- [44] STS de 10 de junio de 1991.
- [45] STS de 23 de julio de 1991.
- [46] STS de 5 de septiembre de 1991.
- [47] STS de 23 de septiembre de 1991.
- [48] STS de 27 de noviembre de 1991.
- [49] STS de 7 de febrero de 1992.
- [50] STS de 22 de mayo de 1992.
- [51] STS de 28 de junio de 1992.
- [52] STS de 22 de julio de 1992.
- [53] STS de 16 de octubre de 1992.
- [54] STS de 2 de abril de 1993.
- [55] STS de 18 de mayo de 1993.
- [56] STS de 9 de febrero de 1994.
- [57] STS de 14 de junio de 1994.
- [58] STS de 17 de junio de 1994.
- [59] STS de 22 de julio de 1994.
- [60] STS de 18 de noviembre de 1994.
- [61] STS de 20 de febrero de 1995.
- [62] STS de 18 de marzo de 1995.
- [63] STS de 29 de junio de 1995.
- [64] STS de 5 de julio de 1995.
- [65] STS de 29 de enero de 1996.
- [66] STS de 21 de junio de 1996.
- [67] STS de 23 de julio de 1996.
- [68] STS de 8 de noviembre de 1996.
- [69] STS de 20 de noviembre de 1996.
- [70] STS de 30 de noviembre de 1996.
- [71] STS de 4 de diciembre de 1996.
- [72] STS de 24 de febrero de 1997.
- [73] STS de 26 de febrero de 1997.
- [74] STS de 12 de mayo de 1997.
- [75] STS de 1 de julio de 1997.
- [76] STS de 5 de julio de 1997.
- [77] STS de 28 de noviembre de 1997.
- [78] STS de 31 de enero de 1998.
- [79] STS de 20 de febrero de 1998.

- [80] STS de 30 de mayo de 1998.
- [81] STS de 18 de julio de 1998.
- [82] STS de 4 de diciembre de 1998.
- [83] STS de 7 de diciembre de 1998.
- [84] STS de 18 de diciembre de 1998.
- [85] STS de 22 de enero de 1999.
- [86] STS de 13 de marzo de 1999.
- [87] STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 23 de abril de 1999.
- [88] STS de 9 de julio de 1999.
- [89] STS de 18 de septiembre de 1999.
- [90] STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 24 de septiembre de 1999.
- [91] STS de 30 de marzo de 2000.
- [92] STS de 16 de mayo de 2000.
- [93] STS de 16 de octubre de 2000.
- [94] STS de 31 de octubre de 2000.
- [95] STS de 21 de diciembre de 2000.
- [96] STS de 17 de abril de 2001.
- [97] STS de 8 de noviembre de 2001.
- [98] STS de 30 de enero de 2002.
- [99] STS de 28 de febrero de 2002.
- [100] STS de 2 de abril de 2002.
- [101] STS de 8 de julio de 2002.
- [102] STS de 13 de julio de 2002.
- [103] STS de 24 de julio de 2002.
- [104] STS de 23 de octubre de 2002.
- [105] STS de 24 de diciembre de 2002.
- [106] STS de 21 de febrero de 2003.
- [107] STS de 20 de marzo de 2003.
- [108] STS de 12 de mayo de 2003.
- [109] STS de 7 de noviembre de 2003.
- [110] STS de 20 de noviembre de 2003.
- [111] STS de 27 de noviembre de 2003.
- [112] STS de 2 de abril de 2004.
- [113] ATS de 4 de junio de 2004.
- [114] STS de 10 de junio de 2004.
- [115] STS de 25 de junio de 2004.
- [116] STS de 30 de septiembre de 2004.
- [117] STS de 11 de octubre de 2004.
- [118] STS de 25 de octubre de 2004.
- [119] STS de 27 de octubre de 2004.
- [120] STS de 11 de noviembre de 2004.
- [121] STS de 18 de febrero de 2005.
- [122] STS de 22 de abril de 2005.
- [123] STS de 7 de junio de 2005.
- [124] STS de 29 de septiembre de 2005.
- [125] STS de 3 de octubre de 2005.

- [126] STS de 18 de octubre de 2005.
- [127] STS de 14 de diciembre de 2005.
- [128] STS de 12 de junio de 2006.
- [129] STS de 3 de noviembre de 2006.
- [130] STS de 21 de marzo de 2007.

RESUMEN

CONDICIONES GENERALES

Las condiciones generales representan un fenómeno emergente dentro de las modalidades modernas de la contratación. Frecuentemente se ha observado su incidencia bajo el prisma de los perjuicios jurídicos que pueden implicar, en la medida que se trata de cláusulas proclives al abuso, por ser impuestas por una parte y en uso de una superioridad sobre la otra. Sin embargo, tampoco cabe desconocer las indudables ventajas que despliegan, pues facilitan un mejor acceso al mercado de grandes capas de población que, de otra manera, lo tendrían por motivos económicos impedido. Esta perspectiva es la que justifica la eficacia jurídica que se les otorga y que aquí estudio. A este propósito, se barajan los elementos característicos del discurso jurídico, desde una óptica eminentemente práctica: la implantación efectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, con sus reformas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el debate suscitado en la doctrina científica y su aplicación por la jurisprudencia de los tribunales españoles y comunitarios.

ABSTRACT

GENERAL CONDITIONS

General conditions are an emerging phenomenon within the modern modes of contracting. Frequently their impact has been observed through the lens of the legal prejudice they may involve, whereas general conditions do tend to be abusive, since they are imposed by one party from a position of superiority over the other party. However, it is not good to neglect their indubitable advantages, as they facilitate better access to the market for vast layers of the population who would otherwise be stymied for economic reasons. This perspective is the one that justifies the legal efficacy general conditions enjoy, which is the subject of study herein. For this purpose, the elements characteristic of legal discourse are handled with an eye to the eminently practical: the effective introduction of the Act on general contracting conditions, with its reforms in the Revised General Act for Consumer and User Defence, the debate aroused in scientific doctrine and application through Spanish and Community court case law.

(Trabajo recibido el 22-11-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

La modernización de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación (*)

por

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

*A José Luis Batalla, Registrador de la Propiedad,
en homenaje a su trayectoria humana y profesional,
y en testimonio de amistad.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. EL RÉGIMEN TRADICIONAL DEL RECURSO GUBERNATIVO:

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EN TORNO AL RECURSO GUBERNATIVO.
2. LA EXPLICACIÓN POR LA NATURALEZA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL AL MARGEN DE LAS ACCIONES JUDICIALES.
3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAGUNAS EN EL RÉGIMEN TRADICIONAL.

(*) Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Derecho constitucional a una vivienda digna y políticas públicas» del Ministerio de Educación y Ciencia para el período 2006-2009 (SEJ 2006/14184/JURI).

- II. LA VISIÓN ADMINISTRATIVA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DESDE EL DEBATE SOBRE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE:
 - 1. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE VÍAS DE RECURSO CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.
 - 2. LA DISTINCIÓN DOCTRINAL ENTRE EL ACTO REGISTRADO Y EL ACTO REGISTRAL Y SUS CONSECUENCIAS JURISDICCIONALES.
- III. LA MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES CONTRA LAS CALIFICACIONES REGISTRALES NEGATIVAS:
 - 1. LA ILEGAL REGULACIÓN REGLAMENTARIA DEL RECURSO GUBERNATIVO.
 - 2. LA COMPLEJA REGULACIÓN LEGAL DEL RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA SUJECCIÓN AL CONTROL DE LA JURISDICCIÓN CIVIL.
- IV. HACIA LA FRAGMENTACIÓN DEL SISTEMA:
 - 1. LA GARANTÍA ESTATUTARIA DE FINALIZACIÓN DE LOS RECURSOS DENTRO DEL ÁMBITO TERRITORIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO.
 - 2. LA AFIRMACIÓN DE UNA COMPETENCIA AUTONÓMICA EXCLUSIVA Y GENERAL SOBRE LOS RECURSOS CONTRA LAS CALIFICACIONES REGISTRALES.

RECAPITULACIÓN.

INTRODUCCIÓN

Constituye el objeto de este trabajo ayudar a la comprensión del régimen vigente de recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, mediante la identificación y crítica de las diversas tendencias que han confluído a lo largo del tiempo en el diseño de dicho régimen jurídico. Aun cuando aparentemente la materia pueda aparecer rodeada de cierta aridez, apropiada para ser atendida exclusivamente por algunos especialistas de Derecho Hipotecario, cabe asegurar que el carácter y el alcance de las cuestiones planteadas resultan de interés jurídico general.

La primera gran tendencia que configura el sistema de recursos contra las calificaciones registrales es la que deriva del peso de la regulación tradicional. Peso que proviene, no sólo de la inercia que proporciona un régimen centenario, sino, especialmente, del sólido soporte que le presta la doctrina hipotecaria, aun a pesar de que ya parece generalizado en la misma el criterio que pone de manifiesto las insuficiencias de ese régimen tradicional. En todo caso, hasta tal punto llega la influencia del mismo que, aun después de la reforma legal de 2001, donde se ha establecido claramente una vía de recurso judicial directo contra las calificaciones registrales, persisten dudas fundadas sobre si no hubiera sido preferible haber mantenido el sistema tradicional del recurso gubernativo centralizado en vía administrativa, acompañándolo de una sencilla reforma de las acciones civiles relativas a la validez o nulidad

de los títulos, consistente en ampliar la legitimación pasiva en éstas, a fin de comprender a la Administración del Estado en la que se encuadra el Registro de la Propiedad.

El segundo elemento que confluye en esta materia se refiere a la postura que ha pretendido asumir plenamente el carácter administrativo del Registro de la Propiedad. Entre las manifestaciones de ese planteamiento general, cobran particular significado la referida a la aplicación del procedimiento administrativo común a las calificaciones registrales y la que defiende la dualidad de vías jurisdiccionales de recurso, civil y contencioso-administrativa. Aquí estudiaremos únicamente la segunda de esas cuestiones, dada su trascendental importancia para el diseño del sistema de recursos contra las calificaciones registrales, siendo éste el objeto de nuestro estudio. Veremos, así, que, tanto en la jurisprudencia civil como en la contencioso-administrativa, se ha asumido la necesidad de complementar las vías tradicionales de recurso, planteándose interesantes debates sobre el deslinde entre ambas jurisdicciones, hasta llegar a la importante distinción doctrinal entre el acto registrado y el acto registral, cuya aceptación por el legislador hubiera llevado al establecimiento de un régimen de dualidad jurisdiccional muy diferente del hoy en vigor. Probablemente han sido inconvenientes prácticos, más que indeclinables fundamentos dogmáticos, los que han conducido las riendas de la reforma.

La tercera rueda de nuestro carruaje viene conformada por la asunción a nivel normativo de las limitaciones del sistema tradicional de recurso gubernativo contra las calificaciones registrales y la puesta en marcha de diferentes fórmulas para tratar de superar tales limitaciones. El primer intento en tal sentido se llevó a cabo mediante la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, que limitaba la modernización del sistema a un cierto maquillaje del mismo, lo que determinó su anulación por parte del Tribunal Supremo, cuyos planteamientos no pudieron menos que afectar a las líneas esenciales de la reforma sucesiva. Ésta se canalizó a través de la discutible vía de las leyes de medidas, llegando a hacer falta nada menos que cuatro sucesivas intervenciones legislativas entre 2001 y 2005 hasta lo que parece el diseño definitivo del sistema. La atribución de competencia ha terminado beneficiando a la Jurisdicción Civil, que parece asegurar, así, la unidad de doctrina, pese a la severidad de alguna crítica manifestada contra la reforma.

Un cuarto conjunto de problemas se ha generado desde el ámbito autonómico de manera casi paralela al planteamiento de las anteriores cuestiones. En un primer momento, los Estatutos de Autonomía de las seis Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio se limitaron a incluir unas extrañas cláusulas que pretendían garantizar la finalización de los recursos contra las calificaciones registrales dentro de los correspondientes ámbitos territoriales autonómicos. La asunción, al menos en parte, de esas mismas pautas por el Estado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 sirvió posiblemente

para enmascarar el problema competencial derivado de aquellas cláusulas estatutarias. Sin embargo, recientemente, la cuestión se ha suscitado con nitidez, dado que en los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña (2006) y de Aragón (2007) se ha asumido ya directamente la competencia sobre el régimen de recursos contra las calificaciones registrales, en el primer caso cuando afecten a cualquier contenido del Derecho catalán y en el segundo exclusivamente al Derecho Foral. De esta manera, se está poniendo la primera piedra para iniciar un proceso de fragmentación de una institución indudablemente estatal, como es el Registro de la Propiedad, situación que parece preciso denunciar.

I. EL RÉGIMEN TRADICIONAL DEL RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LAS CALIFICACIONES REGISTRALES NEGATIVAS

En este primer epígrafe nos ocuparemos del régimen tradicional del recurso gubernativo contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, exponiendo las pautas históricas de construcción del sistema (A), la explicación del mismo con apoyo en los nebulosos efectos derivados de la consideración de la actividad registral como jurisdicción voluntaria (B) y la generación en el período postconstitucional de un cierto consenso doctrinal en torno a las lagunas del sistema y a la necesidad de una nueva regulación, aunque no ha faltado alguna propuesta tendente a mantener lo que se consideran las verdaderas esencias del régimen tradicional (C).

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EN TORNO AL RECURSO GUBERNATIVO

Al ponerse en marcha el moderno sistema del Registro de la Propiedad con la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, no se tuvo demasiado interés en establecer claramente las fórmulas de control de las calificaciones registrales relativas a los documentos presentados a inscripción. Como vamos a ver, parece que el afectado podía iniciar acciones judiciales ordinarias contra las calificaciones negativas, aunque también da la impresión de que se ofrecían ciertas posibilidades de control de dichas calificaciones en aplicación de las facultades de inspección atribuidas a los regentes de las Audiencias.

La vía judicial se preveía en la regulación de las inscripciones y cancelaciones registrales, al establecerse que si los otorgantes de las escrituras no subsanaban las faltas advertidas por el registrador, éste «les devolverá las mismas escrituras para que recurran, si quieren, a los tribunales» (art. 19, al que se remitía el art. 100 en materia de cancelaciones). Tratándose de cancelaciones ordenadas por un juez, se admitía que el registrador que dudare de

la competencia del juez diera cuenta al regente de la Audiencia, «el cual decidirá lo que estime procedente», aunque su decisión era susceptible de recurso ante la Audiencia, «la cual, oyendo a las partes, determinará lo que estime justo», procediendo contra el fallo de la Audiencia el recurso de casación (arts. 101-103). Como vemos, pues, junto a una sencilla remisión a la vía de recurso «ante los tribunales», sin mayores precisiones, cuando las calificaciones registrales afectaban a documentos notariales, en la Ley Hipotecaria de 1861 se regulaba con cierto detalle el procedimiento judicial a seguir en aquellos casos en que las calificaciones registrales negativas versaran sobre cancelaciones judiciales. La diferencia de tratamiento pudiera llevar incluso a sostener, según comprobaremos a la vista del desarrollo reglamentario de la Ley, la inexistencia de una verdadera vía de recurso judicial contra las calificaciones registrales de documentos notariales, a pesar del aparente otorgamiento de la misma en la letra de la Ley.

En todo caso, al lado de las posibilidades anteriores, que serían las accesibles a los interesados, también cabía pensar en el eventual desenvolvimiento de otra vía de control de las calificaciones registrales ejercida de oficio por parte de las autoridades judiciales, a las que correspondían las funciones gubernativas de inspección sobre los Registradores de la Propiedad. En la Ley se llevaba a cabo la atribución genérica de las facultades de inspección al disponerse que «los regentes de las Audiencias serán inspectores de los registros de su territorio, y ejercerán inmediatamente las facultades que en tal concepto les corresponden, por medio de los jueces de primera instancia de los partidos respectivos, quienes serán para este efecto sus delegados» (art. 268). También se disponía legalmente que las funciones inspectoras de los jueces de primera instancia y los regentes de las Audiencias habrían de ejercerse a través de visitas periódicas y extraordinarias, documentadas en actas y determinantes de las «disposiciones necesarias» para corregir las «faltas» advertidas (arts. 269-275). En estas previsiones pudieran identificarse potestades implícitas para corregir las calificaciones registrales, consecuencia de la adopción por el juez de primera instancia o el regente de las «disposiciones necesarias» en ejercicio de sus funciones inspectoras o gubernativas.

La vía de recurso judicial y la de corrección gubernativa (ejercida por jueces) se diseñaban con carácter independiente una de otra. No obstante, cabe dudar del exacto alcance de las mismas, como ya hemos adelantado.

En relación con el recurso judicial, debe destacarse que su misma existencia plantea interrogantes, a la vista del papel que a las acciones judiciales se concedió en el Reglamento General para la ejecución de la Ley Hipotecaria (Real Decreto de 21 de junio de 1861). En el artículo 36 de dicho Reglamento se establecía que la calificación de los documentos llevada a cabo por los registradores o, en su caso, por los regentes o las Audiencias, «se entenderá limitada para el efecto de negar o admitir la inscripción, y no impedirá ni pre-

juzgará el juicio que pueda seguirse ante los tribunales sobre la nulidad de la misma escritura». De esta manera, parecían excluirse de la vía judicial precisamente los recursos contra las calificaciones registrales, dado que se limitaba el ámbito de las acciones judiciales a los litigios entre los interesados sobre la nulidad del título. Al mismo tiempo, en la norma reglamentaria, se confirmaba el amplio significado de la inspección que hemos identificado, en línea con el diseño que se consolidará unos años más tarde, a partir de 1864.

Por otra parte, en relación con el sistema de corrección gubernativa de las calificaciones registrales, conviene señalar que la posición inicial en el mismo de la Dirección General del Registro de la Propiedad no estaba clara. En la extensa Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 elaborada por la Comisión de Codificación, se justificaba la creación de la citada Dirección General porque «así se formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley, que será el complemento necesario del precepto escrito por el legislador, y habrá un depósito de tradiciones y doctrinas de que aún más que la generación actual se aprovecharán las venideras» (1). Pero, a pesar de tan loable objetivo, lo cierto es que en el texto legal no quedaba articulada la intervención de la Dirección General dentro de los procedimientos de inspección que acabamos de describir. Únicamente en la enumeración de las atribuciones de la citada Dirección General se incluían las de «resolver las dudas que se ofrezcan a los funcionarios encargados de la aplicación de esta Ley» y «ejercer la alta inspección y vigilancia en todos los registros del reino» (art. 267.3.º y 5.º), pero sin un reflejo en los correspondientes procedimientos.

La participación de la Dirección General fue establecida por la Real Orden de 17 de marzo de 1864, donde se configuró propiamente el recurso gubernativo, a partir del sistema de inspección diseñado en 1861, como único medio de oposición general, por parte de quien había presentado el documento notarial, contra las calificaciones registrales que afectaran al mismo (2). Así, con toda claridad, se estableció esta vía de recurso gubernativo en tres instancias: juez de primera instancia, regente de la Audiencia y Dirección General del Registro de la Propiedad. Posteriormente las instancias quedarían reducidas a dos al suprimirse la intervención del juez de primera instancia (Real Decreto de 3 de enero de 1876). Una vez agotada esa vía gubernativa, ya no cabía propiamente un recurso judicial, aunque quedaba la posibilidad de que los presentadores del título pudieran litigar con otros interesados ante los tribunales acerca de la nulidad o validez de los documen-

(1) *Ley Hipotecaria*, edición oficial, Madrid, Ministerio de Gracia y Justicia, 1861, pág. 104, que se maneja por la edición facsímil preparada por José Luis BATALLA, Zaragoza, 1997.

(2) La Real Orden de 1864 se entiende que fue convalidada por la reforma de la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 (art. 66).

tos notariales (3). De esta manera, como vemos, se consolidó un sistema de oposición a las calificaciones registrales muy diferente del que podía entenderse que aparecía diseñado en la Ley Hipotecaria de 1861, perfilándose netamente la distinción entre una vía gubernativa de recursos y las acciones judiciales de los diversos interesados «entre sí» sobre la validez o nulidad de los títulos. La posibilidad, que en la Ley de 1861 parecía darse al presentador del título, de recurrir ante los tribunales contra la calificación registral había desaparecido; a partir de 1864, la vía de recurso contra las calificaciones registrales terminaba ante la Dirección General, dejándose al margen la posibilidad de que un litigio entre los interesados en la inscripción pudiera afectar a ésta.

Tal era el sistema de oposición a las calificaciones registrales que se encontraba vigente a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, dado que en sus términos esenciales fue mantenido en las sucesivas reformas de la legislación hipotecaria (4). Así, en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, cuya redacción se remonta a la reforma de 1869, se establecía que «los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el registrador, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los tribunales de justicia para ventilar o contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». El régimen del recurso gubernativo se encontraba detalladamente regulado en el Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947: arts. 112 a 136), donde se establecían las personas legitimadas para interponerlo, el plazo, los efectos, el procedimiento ante el presidente de la Audiencia Territorial y la sucesiva posibilidad de apelación de los autos dictados por el mismo ante la Dirección General. En ésta terminaba el procedimiento gubernativo, en el que «sólo podrán ser discutidas las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma» (art. 117) (5).

(3) Una especialidad procesal siguió aplicándose en el supuesto de oposición registral a la competencia del juez que hubiere ordenado una cancelación, que habría de desenvolverse en los términos previstos en la Ley Hipotecaria: regente, audiencia y casación ante el Tribunal Supremo.

(4) En la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, se mantuvo la redacción del artículo 66, desarrollándose el régimen de los recursos gubernativos en los artículos 120-136 del Reglamento Hipotecario aprobado por Real Decreto de 6 de agosto de 1915.

(5) Obsérvese que los documentos, objeto de la calificación del registrador, pueden estar autorizados por un notario, pero también por una autoridad administrativa o judicial; pues bien, en nada cambian ni la naturaleza ni la función del Registrador de la Propiedad. Así, la calificación registral de los documentos expedidos por la autoridad judicial «se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro» (Reglamento Hipotecario: art. 100). Y en caso de que el registrador denegara o suspendiera asientos ordenados por la

Al margen por completo del recurso gubernativo, como ya nos consta, se ha venido planteando, dentro de la legislación hipotecaria, la vía judicial: los litigios que los interesados promovieren ante los tribunales con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, con la finalidad de ventilar y contender «entre sí» acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del registrador, litigios en los cuales «no será parte éste», como tajantemente se establecía en el artículo 132 del Reglamento Hipotecario. Nada más se añadía en la legislación hipotecaria sobre el tema. Probablemente, el legislador entendía que esa vía judicial proporcionaba tutela a los derechos esgrimidos por los interesados, aunque, tal y como estaba planteada, no suponía una forma de control completo y directo de la resolución que, en su caso, hubiera podido adoptarse en el procedimiento gubernativo.

2. LA EXPLICACIÓN POR LA NATURALEZA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL, AL MARGEN DE LAS ACCIONES JUDICIALES

Nuestra doctrina hipotecaria ha venido explicando la actuación típica del Registrador de la Propiedad, esto es, la calificación de los documentos que pretenden acceder al Registro, como un acto propio de la llamada jurisdicción voluntaria. Así, ROCA SASTRE, tras descartar que la función calificadora pudiera ser conceptuada como una función judicial («pues indiscutiblemente el registrador es un órgano de la Administración del Estado») o como una estricta función administrativa («no toda la actividad de la Administración se limita a lo concerniente al servicio administrativo, sino que también se extiende a la protección jurídica de los derechos subjetivos privados»), se muestra partidario de atribuirle «la naturaleza propia de los actos de jurisdicción voluntaria, si bien con algunas particularidades que la singularizan, una de las cuales es que la misma es ejercida por un funcionario administrativo, cual es el Registrador de la Propiedad» (6). Planteamiento que no deja de suscitar interrogantes derivados de la tradicional oscuridad que ha rodeado el concepto y la naturaleza de la jurisdicción voluntaria.

En efecto, el significado de la jurisdicción voluntaria dista de responder a un criterio unánime, habiéndose suscitado amplias polémicas en la doctrina procesal sobre la cuestión. Según explica DE LA PLAZA, el origen de la distin-

autoridad judicial, ésta ha de limitarse a dar traslado a los interesados, para que puedan subsanar los defectos observados o promover el correspondiente recurso gubernativo (Reglamento Hipotecario: art. 134). Es más, al registrador inquietado por cualquier juez o tribunal con apremios improcedentes se le permite acudir en queja al Presidente de la Audiencia respectiva o, cuando el órgano judicial correspondiera a otro territorio, al Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General (Reglamento Hipotecario: art. 136).

(6) Ramón María ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.^a ed., Barcelona, Bosch, 1968, tomo II, págs. 244-246.

ción con respecto a la jurisdicción contenciosa suele identificarse en el Derecho romano, en la diferencia entre las funciones que desempeñaba el magistrado por voluntad de las partes (homologando y prestando autenticidad a sus convenciones, más que ejerciendo autoridad) y las funciones del juez como órgano del Estado (a fin de decidir una controversia entre partes); en un determinado momento incluso, la diversidad de funciones daría lugar a una separación de funcionarios, llegando a reservarse la jurisdicción voluntaria a los cónsules y la contenciosa al pretor (7). En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el libro III, todavía en vigor, se destina justamente a regular la jurisdicción voluntaria, aunque considerando integrados en ella exclusivamente los actos «en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas» (8). Sin embargo, no hay duda para la doctrina de que fuera de las actuaciones de jurisdicción voluntaria reguladas en la ley procesal «hay muchas que tradicionalmente están atribuidas al fuero de los notarios o al de los registradores, sin que nadie haya pensado en sustraérselo» (9). Por ello, en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2006, se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria «todos aquellos en los que se solicita la intervención de un juez, secretario judicial, notario, registrador u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de Derecho Civil o Mercantil en las que no existe contraposición entre los interesados» (10).

De la consideración de la función registral como un acto de jurisdicción voluntaria deriva la lógica atribución al llamado recurso gubernativo contra la calificación del registrador de la naturaleza de procedimiento de jurisdicción voluntaria (11). Conforme a tal planteamiento, según ya hemos visto, en

(7) Manuel DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, 3.^a ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, vol. II, 2.^a parte, págs. 707-711.

(8) Artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuyo libro III, sobre la jurisdicción voluntaria, continúa en vigor tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (Disposición Derogatoria única), donde se establece también la obligación del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria en el plazo de un año (Disposición Final 18.^a).

(9) DE LA PLAZA, *op. cit.*, pág. 710.

(10) Artículo 1.2 del proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, serie A, núm. 109-I, de 27 de octubre de 2006). En el mismo proyecto de Ley se contiene una genérica remisión a «los casos en que la Ley lo prevea», de cara a determinar los supuestos en los que «los notarios o registradores de la propiedad y mercantiles serán competentes para administrar expedientes de jurisdicción voluntaria» (art. 27.1), estableciéndose que en esos casos «el procedimiento será el previsto en su legislación específica» (art. 28).

(11) ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 293, define el recurso gubernativo como «aquella reclamación interpuesta ante la superioridad, contra la calificación del Registrador que atribuye defectos subsanables o insubsanables al título presentado a inscripción y que,

el artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1946, se establece que «los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado» y, a renglón seguido, se precisa que la vía del recurso gubernativo puede emplearse por los interesados «sin perjuicio de acudir, si quieren, a los tribunales de justicia, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». Tenemos ahí, pues, claramente diferenciados el recurso gubernativo y el inadecuadamente denominado en la práctica recurso judicial: el primero ponía fin a las actuaciones de jurisdicción voluntaria, mientras que el segundo pretendía proporcionar la indeclinable tutela judicial para los derechos privados implicados. Dos instituciones muy diferentes, cuyo diverso alcance conviene poner de relieve (12).

3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAGUNAS EN EL RÉGIMEN TRADICIONAL

El sistema tradicional que acabamos de describir presentaba lagunas derivadas de su contraste con las exigencias constitucionales relativas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Constitución: art. 24.1) y a la plenitud del control judicial de la Administración (Constitución: art. 106.1). Tales lagunas fueron puestas de relieve por la propia doctrina hipotecaria.

Diversos autores coincidieron, en efecto, en considerar que la construcción tradicional de nuestra legislación hipotecaria dejaba algunas cuestiones relacionadas con las calificaciones registrales al margen de toda posibilidad de control judicial. No es suficiente que los interesados puedan ventilar y contender entre sí, ante los tribunales, acerca de la validez o nulidad de los títulos presentados al Registro, pues, como escribe el registrador VERGER, se plantean supuestos en los que «el proceso no resultará posible por falta de capacidad y legitimación procesal pasiva»; los terceros hipotecarios no pueden ser identificados «cuando son abstractos, indeterminados, no personalizados o terceros futuros e inciertos a los que no resulta posible emplazar en

participando de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, tiene por objeto resolver si existen o no aquellos defectos, con la única finalidad de que se declare inscribible dicho título, o que debe suspenderse o denegarse su inscripción».

(12) Acudiendo, de nuevo, a la autoridad de ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 307), destaca este autor que «no puede propiamente hablarse de un recurso judicial contra la calificación del registrador, ya que el artículo 66 de la Ley (Hipotecaria) se limita a establecer no un recurso jerárquico, sino un verdadero juicio, ventilable entre los interesados, al objeto de contender acerca de la validez del título que el registrador considera defectuoso»; no estamos, por tanto, en presencia de un recurso judicial contra la calificación registral, sino ante «un juicio declarativo cuyo fallo deberá acatarse». Por tal razón, en el Reglamento Hipotecario de 1947 se dispone que en esos litigios no será parte el registrador (art. 132), pudiendo promoverlos exclusivamente los interesados, pero no el notario autorizante, en los términos de la Ley Hipotecaria (art. 66).

forma» (13). A veces, dice el también registrador GARCÍA GARCÍA, no hay posibilidad de contienda entre dos o más interesados, «sino únicamente un titular que pretende obtener la inscripción de su título» (14). La tutela judicial frente a la calificación registral no se satisface mediante el litigio entre los posibles interesados sobre la validez o nulidad de los títulos inscribibles, sostiene el magistrado SÁNCHEZ-PEGO, «ya que esa controversia es sólo una de las causas posibles de aquella calificación, sobre la que, además, pueden no concurrir siquiera intereses contrapuestos» (15).

A los datos y las valoraciones anteriores cabe unir una reflexión. Nada hay que oponer a la naturaleza jurídica de acto de jurisdicción voluntaria que, como ya hemos visto, es la explícitamente atribuida a la intervención del registrador en el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2006. Pero lo que resultaría difícil sería pretender deducir de tal calificación una suerte de inmunidad al control judicial. En el sistema de plenitud del control judicial de la Administración constitucionalmente impuesto no puede haber ningún reducto exento de control judicial, ni aun tan siquiera en el ámbito de la llamada Administración de Derecho Privado, esto es, en los supuestos en los que los órganos administrativos no realizan las funciones típicas del giro o tráfico administrativo. Es más, cabe recordar que, en la misma regulación tradicional de los actos de jurisdicción voluntaria realizados por los jueces, están previstas, con carácter general, «las apelaciones», que «se admitirán siempre en ambos efectos al que hubiera promovido el expediente» y en un solo efecto en el caso de «las apelaciones que interpusiesen los que hayan venido al mismo expediente, o llamados por el juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación» (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: arts. 1.819 y 1.820).

Solamente la opción producida en la regulación de los recursos gubernativos contra las calificaciones registrales, al consolidarse la intervención definitiva en los mismos de la Dirección General del Registro de la Propiedad, puede servir para explicar el incompleto control judicial en esta materia. Explicación —que no justificación— en términos de proceso histórico, esto es, de identificación del momento (1864) en el que se consolidó la interpretación contraria a la línea de pleno control judicial que parecía apuntarse en la Ley Hipotecaria de 1861.

(13) Joan VERGER GARAU, «En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614 (1993), pág. 79.

(14) José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625 (1994), pág. 2254.

(15) Francisco Javier SÁNCHEZ-PEGO, «La función judicial en el recurso contra la calificación del registrador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657 (2000), pág. 628.

En relación con esta última consideración, no puede dejar de consignarse el criterio de PARDO NÚÑEZ, quien recientemente ha hecho valer el profundo sentido de la distinción tradicional entre la vía gubernativa y la vía judicial, tal como se expresaba en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1946 (16). Explica el autor que la gestión del servicio registral se repartió inicialmente en la Ley Hipotecaria de 1861 entre la Administración y la Jurisdicción: «la gestión correspondería, en principio, a la Administración, pero cuando surgían controversias entraba la Jurisdicción» (17). Las resoluciones registrales y las sentencias judiciales tenían eficacia diferente, pues mientras las primeras hacían declaraciones provisionales de derechos, las contenidas en las segundas eran definitivas. Es más, las resoluciones registrales ni tan siquiera tenían fuerza de resoluciones administrativas, puesto que la falta de impugnación de las mismas no producía los característicos efectos preclusivos del acto consentido: «los asientos registrales no mataban las acciones que protegen los derechos que cancelaban o transferían y siempre podían ser revocados, mientras los derechos perjudicados por sus pronunciamientos no hubiesen prescrito» (18).

Al optarse en 1864 por la vía del recurso gubernativo contra las calificaciones registrales, la situación no se modificó, de modo que «las Resoluciones de la Dirección General carecían también de eficacia preclusiva y podrían impugnarse ante los tribunales indefinidamente, mientras no prescribiesen los derechos materiales que fundamentaban la reclamación» (19). Sin embargo, en dicha reforma, se introdujo una novedad que, para el autor, determinó la ausencia de pleno control judicial de las calificaciones registrales: «la demanda, en el que se llamará a partir de ahora recurso judicial para diferenciarle del gubernativo, dejará de dirigirse contra la Administración y pasará a serlo contra los perjudicados» (20). Tal planteamiento envuelve el riesgo de que, a la hora de inscribir la sentencia recaída, la nueva calificación registral considere que no han sido parte en el proceso todos los interesados, «con lo que se habría seguido un procedimiento a la postre completamente inútil» (21). En definitiva, para este autor la indefensión hubiera podido solucionarse fácilmente «si se permitiese que la acción pudiera dirigirse contra la Administración y fuese obligación de ésta llamar al proceso a todos los posibles afectados por la sentencia» (22).

(16) Celestino PARDO NÚÑEZ, «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: problemática del nuevo recurso judicial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680 (2003), págs. 3337-3360.

(17) *Op. cit.*, pág. 3339.

(18) *Op. cit.*, pág. 3342.

(19) *Op. cit.*, pág. 3346.

(20) *Op. cit.*, pág. 3346.

(21) *Op. cit.*, pág. 3348.

(22) *Op. cit.*, pág. 3352.

Los razonamientos de PARDO NÚÑEZ llevan a plantear la duda de si acaso la doctrina mayoritaria y aun el mismo legislador, cuyas reformas hemos de exponer más adelante, no han aceptado con alguna precipitación la condena del sistema tradicional, que quizá, mediante la recuperación de sus esencias primigenias, hubiera podido cumplir con los cánones de tutela judicial indeclinablemente impuestos por la Constitución de 1978 (23). Es posible que el debate sobre las garantías judiciales en relación con las calificaciones registrales haya terminado discurriendo por cauces simplificadores, sin tener en cuenta los planteamientos propios de la doctrina hipotecaria. Doctrina hipotecaria que venía defendiendo con tino uno de los cuerpos especiales suprimidos en la reforma funcional de 1984, el Cuerpo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública: Disposición Adicional 9.^a) (24). Da la impresión de que, como consecuencia de esa supresión, entre otras causas, las tensiones corporativas entre notarios y registradores han podido desarrollarse en el seno del mismo centro directivo, contribuyendo a reducir las vías de defensa de la función registral que tan eficazmente había venido garantizando el cuerpo especial.

II. LA VISIÓN ADMINISTRATIVA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DESDE EL DEBATE SOBRE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

La existencia de lagunas en el régimen tradicional de los recursos contra las calificaciones registrales no parece, pues, ser discutida por nadie en la actualidad, aunque, como hemos visto, se observan sensibles diferencias en lo relativo a las vías adecuadas para afrontar la situación. Dentro de esas variadas posiciones, la postura tendente a mejorar el régimen tradicional no ha prevalecido, generalizándose, en cambio, la idea de que era necesario construir una vía de recurso judicial directo contra las calificaciones registrales negativas. En tal sentido, con el fondo de la concepción administrativa del Registro de la Propiedad, se ha desarrollado un interesante debate en relación al problema de la jurisdicción competente para conocer de los recursos contra

(23) No obstante, conviene precisar que el control judicial directo y completo de las calificaciones registrales en la Ley Hipotecaria de 1861 no resulta tan claramente establecido como pretende el autor, según cuanto hemos expuesto anteriormente al tratar de la formación histórica del recurso gubernativo.

(24) Sobre las vicisitudes del Cuerpo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado, véase José María DÍAZ FRAILE, Jaime GÓMEZ CÁLLIGO y Carmelo MADRIGAL GARCÍA, «Evolución histórica y régimen jurídico vigente del personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687 (2006), págs. 1813-1865.

las calificaciones registrales. En este epígrafe estudiaremos, primero, la construcción jurisprudencial de vías de recurso civil y contencioso-administrativa contra las calificaciones registrales negativas (A) y, después, la propuesta doctrinal de distinguir entre el acto registrado y el acto registral, tendente a consolidar la citada visión administrativa (B).

1. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE VÍAS DE RECURSO CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La aceptación de la necesidad de una vía de recurso judicial directo contra las calificaciones registrales se observa en la propia jurisprudencia civil. Tempranamente, a partir, al parecer, de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1994, se admitió la viabilidad de la impugnación de las calificaciones registrales, una vez agotado el recurso gubernativo (25). Pese a la novedad que ello implicaba, la Sala Primera fundamentó un tanto expeditivamente la procedencia del recurso judicial y la competencia para su conocimiento de la Jurisdicción Civil. La viabilidad del control judicial pleno de las calificaciones registrales se admitió «porque está fuera de toda duda que las Resoluciones de la Dirección General, como emanadas de un órgano de la Administración, están sujetas al control jurisdiccional por expreso mandato de los artículos 106 de la Constitución y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». Y la competencia del orden jurisdiccional civil se impuso porque «es evidente que se trata de una cuestión eminentemente civil y que, por tanto, en cumplimiento del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe conocer este orden sin hacer uso de la regla, también contenida en el mismo artículo, según la cual el orden jurisdiccional civil conoce de todas las materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

Sin embargo, este criterio sobre la competencia jurisdiccional no puede considerarse carente de dudas aplicativas. En la doctrina, hacía ya algunos años que el profesor GONZÁLEZ PÉREZ venía manteniendo la posibilidad de seguir la vía contencioso-administrativa contra las resoluciones adoptadas en el procedimiento gubernativo relativo a la calificación del Registrador de la Propiedad. El autor aprecia que en la mayoría de los casos, aunque estuviéramos ante actos procedentes de una Administración Pública, al aplicarse

(25) Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1994 (Aranzadi, 10498). Magistrado Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, FJ 1.º, estableciéndose en la misma sentencia que la representación de la Administración del Estado en el litigio corresponde a la Abogacía del Estado y no al Ministerio Fiscal, conforme a las misiones confiadas a ambos órganos respectivamente en los artículos 447 y 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Derecho Civil o Mercantil, estaríamos fuera de la regla tradicional que limita el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al control de la actuación de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo. Sin embargo, considera que si la normativa aplicada en la calificación registral es Derecho Administrativo, por tratarse del acceso al Registro de un acto administrativo, ya no podría mantenerse la misma conclusión (26).

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en algún caso planteado ante la misma, había venido negando tajantemente su competencia para conocer de procesos relativos a las calificaciones registrales (27). Recientemente, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1998, rechazó la competencia contencioso-administrativa para conocer de la suspensión registral de una inscripción por falta de acreditación del requisito reglamentario de presentación de la escritura en la oficina liquidadora del impuesto correspondiente, argumentando que «tal decisión no es un acto sujeto a Derecho Administrativo, sino una cuestión de índole registral, cuyo conocimiento los artículos 9.2, 22.1.º y 85.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial defieren a la Jurisdicción Civil, y el artículo 2.a) de la Ley de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye expresamente de la competencia de ésta» (28).

(26) Véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «La impugnación de los actos registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 328-329 (1955), págs. 513-532. Más recientemente, del mismo autor, que une a su condición de Catedrático de Derecho Administrativo la de Registrador de la Propiedad, véase *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1998, págs. 229-231.

(27) Véase la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1954 (Aranzadi, 2615). Magistrado Ponente: Ignacio DE LECEA Y GRIJALBA, relativa a la impugnación de la resolución del recurso gubernativo contra una calificación registral en la que se declaraba la procedencia de cancelar una estipulación entre particulares por estimar que no se reputaba condición resolutoria *erga omnes* ni constitutiva de un derecho real. En la sentencia se considera que las calificaciones registrales, «por su concreción exclusiva al ámbito registral, circunscrito a las cuestiones referentes al dominio y a los derechos reales sobre bienes inmuebles, resuelven siempre problemas de Derecho Privado entre particulares» (Considerando 2.º), excluyéndose que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa «pueda actuar en las cuestiones relativas a los derechos civiles de los particulares» (Considerando 3.º), y añadiendo que si llegaran a actuar los Tribunales Contencioso-Administrativos «se llegaría al absurdo de que, suscitada mediante el uso de la vía judicial (ordinaria), como lo autoriza el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la contienda entre los interesados, hubiera de fallar en última instancia la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, que podría hacerlo en sentido contradictorio al adoptado por la presente (Sala de lo Contencioso-Administrativo), todo lo cual demuestra hasta la evidencia la imposibilidad de que se aborde en este fallo el fondo del asunto» (Considerando 4.º).

Suele citarse alguna sentencia más de lo contencioso-administrativo en el mismo sentido, pero o no hemos podido localizarla o se trata de un fallo civil, como sucede con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1992 (Aranzadi, 6049).

(28) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1998 (Aranzadi, 10301). Magistrado Ponente: Jesús-Ernesto PECES MORATE. El caso versa sobre

Una postura, en cambio, diferente, aceptando la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de uno de estos recursos, se contiene en la sentencia de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000, relativa a una calificación registral en la que, tras la vía de recurso gubernativo, se considera al secretario municipal técnico competente para emitir un certificado de conformidad con la licencia, certificado que se exige por la legislación urbanística para inscribir escrituras de obra nueva. Si bien con carácter general la Sala Tercera acepta el carácter civil de los actos registrales, en el caso considera que la cuestión debatida es enteramente de naturaleza administrativa, pues versa sobre la competencia del órgano administrativo que había emitido una parte del documento presentado a inscripción. No obstante, el carácter problemático de la solución jurisprudencial se advierte en el propio texto de la sentencia, redactada por el magistrado XIOL RÍOS, que cuenta con un voto particular del magistrado PECES MORATE (29).

La tesis mayoritaria de la Sala Tercera distingue entre la mera comprobación del cumplimiento de los requisitos administrativos exigidos para la inscripción registral y el supuesto («aun cuando sea excepcional») de resolución de manera definitiva en vía registral de una cuestión de carácter administrativo. Así, un caso de mera comprobación registral de requisitos administrativos sería, en los términos de la ponencia de XIOL RÍOS, el caso resuelto por la sentencia de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo, de

la denegación de una inscripción en el Registro Mercantil, cuyo régimen jurídico sigue las pautas establecidas en relación con el Registro de la Propiedad, como cabe comprobar en las dos últimas redacciones del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, y Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio: arts. 66-76 en ambos). En la actualidad, tras la reforma de la Ley Hipotecaria de 2001, a la que más adelante hemos de referirnos detenidamente, el mismo régimen de recursos previsto contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad se aplica contra las provenientes de Registradores Mercantiles y de Bienes Muebles (Ley 24/2001, de 27 de diciembre: Disposición Adicional 24.^a).

(29) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000 (Aranzadi, 2326). Magistrado Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS, con voto particular del Magistrado Jesús-Ernesto PECES MORATE, a quien ya hemos visto como ponente de la sentencia de 28 de noviembre de 1998 y a quien tendremos ocasión de seguir también como ponente en otra importante sentencia en la materia. En el caso, el Registrador de la Propiedad había rechazado la inscripción por estimar incompetente al secretario municipal para emitir el certificado en cuestión; sin embargo, al resolver el recurso gubernativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado consideró competente a tal funcionario, con lo cual permitió la inscripción registral. Una novedad del caso, pues, en relación con el planteamiento de nuestra legislación registral, es que se acepte el recurso contencioso-administrativo contra una calificación registral favorable a la inscripción. Otro aspecto sorprendente es que se admitiera legitimación para conocer del recurso al Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, que carecía de toda relación directa con la inscripción. Pero ninguno de esos dos aspectos suscita controversia en el texto de la sentencia.

28 de noviembre de 1998, antes citada, donde el rechazo de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de recursos contra calificaciones registrales vendría justificado por no tratarse de un acto sujeto a Derecho Administrativo, sino de la cuestión de índole registral relativa a la comprobación de las obligaciones de liquidación de tributos, sin decidir sobre quién deba pagar los mismos. En cambio, en el caso plasmado en la ponencia de XIOL, cabe estimar que la calificación registral, que considera al secretario municipal técnico competente para emitir la certificación de conformidad de la obra nueva con la licencia urbanística, resuelve definitivamente sobre una cuestión administrativa. Cuestión esta que para la Sala Tercera corresponde al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues no puede considerarse que se trate de una cuestión de índole civil («va más allá de la mera comprobación de los requisitos extrínsecos del documento sobre el cumplimiento de formalidades administrativas»). La calificación registral aquí «engloba un juicio definitivo sobre una cuestión de neto carácter jurídico-administrativo», que difícilmente podría ser objeto de impugnación separada ni dar lugar a un litigio entre los interesados, como se establece en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, ya que la posible contienda enfrenta exclusivamente a quien presentó el título con el registrador que considera incumplida la legislación urbanística (30).

Frente al anterior planteamiento, en el voto particular se estima que la calificación registral del caso resolvía una cuestión «de naturaleza estrictamente civil», consistente en la inscripción de una escritura por concurrir los requisitos legales, entre otros, el certificado exigido por la legislación urbanística. El magistrado PECES MORATE considera que la definición de los aspectos controvertidos, al referirse al alcance de los requisitos establecidos legalmente para la procedencia de la inscripción registral, es materia que entra en la exclusiva competencia de la Jurisdicción Civil, sin que deba producirse «una incoherente fragmentación del sistema de enjuiciar, que dilata la solución de los litigios y puede generar decisiones contradictorias, incompatibles con la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva». Resalta también el magistrado discrepante la viabilidad de que los jueces y magistrados del orden jurisdiccional civil apliquen la legislación administrativa (31).

Como puede comprobarse, en definitiva, los razonamientos enfrentados resultan de gran interés y enjundia. Sin perjuicio de la calidad argumental de ambas posturas, cabe destacar en la doctrina una significativa opción favorable a la competencia contencioso-administrativa. Aunque no haya terminado sien-

(30) La argumentación se desarrolla fundamentalmente en el FJ 4.º de la sentencia de 15 de febrero de 2000.

(31) El planteamiento del Magistrado PECES MORATE se desarrolla en los FFJJ 3.º a 7.º de su voto particular a la sentencia de 15 de febrero de 2000.

do ésta la elección de nuestro legislador, parece conveniente que, antes de examinar la regulación vigente, dediquemos alguna atención a la tesis citada.

2. LA DISTINCIÓN DOCTRINAL ENTRE EL ACTO REGISTRADO Y EL ACTO REGISTRAL Y SUS CONSECUENCIAS JURISDICCIONALES

La profesora FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha realizado detallados análisis tanto de la sentencia civil de 22 de diciembre de 1994 como de la sentencia contencioso-administrativa de 15 de febrero de 2000 (32). Para esta administrativista, el planteamiento tradicional, que asume el contenido de Derecho Privado de las calificaciones registrales, carece de fundamento, pues «es obvio que la actividad registral es siempre por definición una actividad objetiva y subjetivamente administrativa que versará en ocasiones, las más numerosas, sobre la aplicación del Derecho Privado y en otras, las más escasas, sobre Derecho Administrativo». A fin de diferenciar la actividad administrativa (la calificación registral) del objeto sobre el que la misma versa (el documento presentado a inscripción), propone establecer la distinción entre el acto registral y el acto registrado: si bien el segundo afecta a actos y relaciones jurídicas normalmente de Derecho Privado, el primero, en cambio, integra «el proceso de comprobación, de juicio y de calificación», que procede «de un funcionario público que lleva a cabo las funciones públicas que tiene encomendadas y que, en todo caso, han de ser enjuiciadas bajo la óptica y exigencias propias del Derecho Administrativo» (33). En definitiva, la autora, a fin de garantizar plenamente la tutela judicial, se muestra partidaria de admitir la dualidad jurisdiccional: «debe reconocerse a cada jurisdicción el conocimiento de algo que por naturaleza es complejo al estar dotado de aspectos administrativos y privados, pero que necesariamente han de depurarse para lograr la tutela íntegra del administrado en relación con la resolución registral, porque no son iguales ni se pueden tratar del mismo modo los vicios del documento que se lleve a inscribir que los vicios de voluntad o de procedimiento en la actuación de los registradores» (34).

La oposición dogmática a las tesis de la profesora FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ podría venir de la consideración de la función registral como un supuesto de

(32) Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La Administración Pública de Derecho Privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1994, Sala Primera)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 143 (1997), págs. 211-228, y de la misma autora, «Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000, Sala Tercera)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107 (2000), págs. 435-457.

(33) Las citas en C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Una cabeza de puente», *op. cit.*, pág. 448.

(34) *Op. cit.*, pág. 456.

ejercicio de funciones públicas por particulares. Tal es la postura hecha valer recientemente por la profesora BARRERO RODRÍGUEZ, quien considera que «la actividad registral constituye una función pública al servicio del principio de seguridad jurídica, función que por razones puramente históricas se desarrolla, al igual que ocurre con la notarial, al margen del aparato subjetivo de la Administración Pública» (35). Partiendo de tal caracterización, sostiene BARRERO que no cabría imputar la actividad registral a la Administración ni mucho menos someterla a Derecho Administrativo, conforme a la postura hecha valer por el profesor SÁINZ MORENO en el estudio que viene considerándose obra de referencia general sobre la categoría del ejercicio privado de funciones públicas, donde concluye que el ejerciente privado de funciones públicas «no se encuentra encuadrado dentro de la organización administrativa y sus actos no se imputan a la Administración» (36).

No obstante, conviene tener en cuenta que precisamente SÁINZ MORENO no incluye a los Registradores de la Propiedad en el elenco de profesiones cuyo análisis le sirve para construir la categoría del ejercicio privado de funciones públicas, limitándose a mencionarlo, junto con otros supuestos, entre las profesiones «que con más o menos fundamento también reciben a veces esta calificación del ejercicio privado de funciones públicas» y destacando que la naturaleza jurídica de los Registradores de la Propiedad es «cuestión polémica desde hace mucho tiempo» (37). No resulta posible, pues, resolver fácilmente la cuestión.

Una vez más, como sucede en relación con tantas instituciones administrativas, parecen imponerse las gradaciones, conforme al conocido modelo de la escala de la demanialidad tan afortunadamente empleado por el maestro DUGUIT. Tal es una de las propuestas de SÁINZ MORENO, en las conclusiones de su fundamental estudio, cuando resalta que «la intervención pública en las profesiones permite distinguir varios supuestos según el grado de intensidad»: profesiones libres, profesiones privadas reguladas, profesiones privadas reguladas cuyo contenido, total o parcialmente, es de naturaleza pública y profesiones que se desarrollan dentro de la organización administrativa como funciones públicas en sentido estricto (38). ¿Dónde situamos en esa escala al Registrador de la Propiedad? ¿Se encuentra en la tercera categoría, como supuesto evidente de ejercicio privado de funciones públicas? ¿O quizá ha de situarse en un lugar intermedio entre la tercera y la cuarta? Nadie duda de que sea funcionario público, aunque retribuido por arancel y sujeto a un

(35) Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, «Un apunte sobre la naturaleza de la función registral y de los procedimientos a través de los que se desarrolla. La conveniencia de un debate», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 690 (2005), pág. 1218.

(36) Fernando SÁINZ MORENO, «Ejercicio privado de funciones públicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. II, pág. 1783.

(37) *Op. cit.*, pág. 1702, en el texto y en nota.

(38) *Op. cit.*, pág. 1781.

especial régimen de responsabilidad directa. Tampoco parece cuestionable su calificación como persona que ejerce una profesión titulada y colegiada, si bien el ejercicio de su actividad profesional aparece condicionado en sus más mínimos detalles por la legislación hipotecaria.

A la vista de estas consideraciones, se hace difícil excluir totalmente la naturaleza de actividad administrativa para la calificación registral. De manera que el acto de calificación registral no puede dejar de ser visto formalmente como un acto de la Administración del Estado sujeto, al menos parcialmente, al Derecho Administrativo (39). En el mismo pueden concurrir vicios típicos de la actuación administrativa relacionados con cuestiones de forma, de competencia, de procedimiento y otras modalidades. Deslindado, así, el acto registral de su objeto, como propugna la profesora FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, difícilmente cabría no someterlo al control contencioso-administrativo, pues ni se puede sostener que esté excluido de sujeción al Derecho Administrativo por la eventual circunstancia de versar sobre un documento de Derecho Privado, ni tampoco ha sido legalmente atribuido a la competencia de la Jurisdicción Civil, al menos, hasta la reforma de la Ley Hipotecaria de 2001, como enseguida vamos a ver (40).

Y pese a todo lo dicho, aun cuando los datos jurídico-positivos y los planteamientos dogmáticos nos llevarán a reconocer la dualidad jurisdiccional en relación con la impugnación de las calificaciones registrales, a nadie se le ocultan los inconvenientes que entrañaría la puesta en marcha de tal sistema. La propia profesora FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ destaca la posibilidad de soluciones contradictorias entre los dos órdenes jurisdiccionales y la dificultad de diferenciar claramente entre requisitos de Derecho Administrativo y de Derecho Privado en una misma calificación registral (41). Afortunadamente, cabe destacar que contamos ya con una solución legislativa del problema, quizá dogmáticamente cuestionable, pero que evita muchos inconvenientes prácticos, al haber prevalecido la atribución de competencia a la Jurisdicción

(39) De ahí el importante problema planteado de la eventual sujeción del procedimiento registral a las reglas del procedimiento administrativo común, sobre el que puede verse Pablo MENÉNDEZ, «El procedimiento de calificación y los medios para realizarla», en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (director), *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, t. I, págs. 363-369.

(40) La argumentación del texto se explica por razón de que la cláusula legal de atribución genérica de competencia a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa hace referencia a la actuación de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo (arts. 1.1 de Ley Jurisdiccional de 1956, 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 de la vigente Ley Jurisdiccional de 1998), pero con exclusión de las cuestiones atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública [arts. 2.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956 y 3.a) de la vigente Ley Jurisdiccional de 1998].

(41) *Op. cit.*, pág. 457.

Civil. Atribución que, sin embargo, como si las cuestiones conceptuales subyacentes no fueran ya de suficiente envergadura, no ha dejado de estar ella misma rodeada de problemas, según pasamos a exponer a continuación.

III. LA MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES CONTRA LAS CALIFICACIONES REGISTRALES NEGATIVAS

Procedamos a explicar los pasos que ha sufrido el proceso de modernización del sistema de recursos contra las calificaciones registrales. Primero, nos referiremos al intento de establecer un régimen jurídico de la materia por vía reglamentaria, lo que determinó la anulación judicial de la reforma (A) y, después, examinaremos la reforma legal, que ha configurado el régimen de impugnación de las calificaciones registrales vigente, atribuido a la competencia de la Jurisdicción Civil (B).

1. LA ILEGAL REGULACIÓN REGLAMENTARIA DEL RECURSO GUBERNATIVO

Ante la situación descrita, parecía urgente la reforma del sistema, que se llevó a cabo en la modificación del Reglamento Hipotecario aprobada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. La mayor parte de los artículos 112 a 131 del Reglamento Hipotecario, relativos al recurso gubernativo, fue objeto de revisión, aunque no en todos los casos se produjo una nueva redacción, sin perjuicio de la importancia en conjunto de las reformas introducidas.

En términos generales, se mantuvo el sistema tradicional, de manera que el recurso gubernativo contra la calificación registral se iniciaba ante el presidente del Tribunal Superior de Justicia, a quien se autorizaba a designar una comisión paritaria de notarios y registradores, a propuesta de los respectivos colegios profesionales, de la que también podían formar parte magistrados del orden jurisdiccional civil, «para que le asistan en la resolución de los expedientes» (Real Decreto 1867/1998: art. 124, 2.º pfo.). Si la materia objeto del recurso era de Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma a la que pertenecía el Registro, el auto del presidente se consideraba firme (Real Decreto 1867/1998: art. 121, al final), mientras que en los restantes supuestos cabía «apelación» ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Finalmente, «la Resolución de la Dirección General será recurrible ante la Jurisdicción Civil en el plazo de tres meses siguientes a su notificación» (Real Decreto 1867/1998: art. 131, al final).

Las incongruencias del nuevo sistema resaltaban notablemente en la época en la que fue aprobado. Así, parecía ajena a la buena ordenación de los tribu-

nales seguir manteniendo la competencia del presidente del Tribunal Superior de Justicia para la primera alzada del recurso gubernativo y más aún la apelación contra sus resoluciones, adoptadas en forma de auto, ante un órgano administrativo. Incluso no dejaba de resultar extraño que la resolución del presidente del Tribunal Superior de Justicia terminara siendo controlada por un juez de primera instancia. Surgía también la incógnita de la interpretación que hubiera de darse al carácter firme del auto del presidente cuando aplicaba Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma, pues si bien una interpretación conforme a la Constitución había de llevar a considerar viable el control judicial posterior, dada la naturaleza gubernativa atribuida a la intervención del presidente, en la literalidad de la norma sólo estaba previsto el recurso ante la Jurisdicción Civil contra las Resoluciones de la Dirección General.

La reforma del Reglamento Hipotecario tuvo una vida efímera, dado que los preceptos concernidos (Real Decreto 1867/1998: arts. 112 a 131) fueron anulados por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 (42). Se trata de una anulación por motivos de fondo ampliamente desarrollados, en los que se considera que la reforma reglamentaria conculca la garantía constitucional de la reserva de ley, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva y prescinde de los principios básicos de todo procedimiento.

La reserva de ley se identifica por el Tribunal Supremo por razón de la misma consideración de la calificación registral y el recurso gubernativo como actos de jurisdicción voluntaria. De tal naturaleza jurídica, según la sentencia, habría que deducir la reserva formal de ley implícita en la regulación de la jurisdicción voluntaria por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el carácter preconstitucional del Reglamento Hipotecario, objeto de la reforma, pudiera servir de argumento para soslayar tal reserva de ley. Por añadidura, según el Tribunal Supremo, en relación con la participación de magistrados en las comisiones de asistencia que se autorizaba a crear a los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, concurriría también una reserva material de ley (Constitución: arts. 117.3 y 122.1). Ninguna de esas reservas de ley se considera suficientemente respetada por las normas legales que prevén el recurso gubernativo contra las calificaciones registrales (Ley Hipotecaria: arts. 66 y 260.3, y Ley Orgánica del Poder Judicial: Disposición Adicional 7.^a). En el fondo, el Tribunal Supremo estima que la legislación hipotecaria contiene una mezcla indebida de funciones gubernativas y jurisdiccionales, que se distribuyen sin criterios claros entre órganos jurisdiccionales y administrativos.

(42) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2000 (Aranzadi, 6275). Magistrado Ponente: Jesús-Ernesto PECES MORATE, a quien cabe recordar que ya hemos visto como ponente de otra importante sentencia en la materia, la de 28 de noviembre de 1998, que rechazó la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contra una calificación registral, y suscribiendo el voto particular contra la sentencia de 15 de febrero de 2000, donde se aceptó dicha competencia.

El derecho a la tutela judicial efectiva se considera infringido por la regulación relativa a la legitimación del notario para recurrir las calificaciones registrales, que limita su eficacia a los meros efectos doctrinales cuando se ha producido la subsanación del defecto advertido o el interesado desiste del recurso gubernativo (Real Decreto 1867/1998: arts. 112.3.º y 131, pfo. 1.º). El Tribunal Supremo considera que el notario es portador de intereses legítimos propios, derivados de la implicación que sufren en el asunto su prestigio profesional y su responsabilidad patrimonial.

Por último, en un examen detallado de todos los preceptos reformados por el Real Decreto 1867/1998, el Tribunal Supremo va encontrando diferentes infracciones de «los principios de todo procedimiento», principios que se identifican, especialmente partiendo de la legislación de procedimiento administrativo y procesal, al hilo de los diferentes problemas planteados: infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de ciertos interesados, cómputo del plazo de interposición del recurso desde la fecha de la resolución y no de su notificación, falta de efectividad de las medidas cautelares, falta de audiencia de los interesados en relación con documentos nuevos aportados al expediente o con alegaciones formuladas por el registrador, obligación formal de presentar el recurso de apelación exclusivamente ante determinados órganos judiciales, etc.

Pocas veces, en verdad, contamos con análisis judiciales tan detenidos como el llevado a cabo en la ponencia del magistrado PECES-MORATE. Como consecuencia de la sentencia, no solamente se consideró anulada la reforma del Reglamento Hipotecario que había llevado a cabo el Real Decreto 1867/1998, pues en la práctica los argumentos judiciales afectaron a la misma subsistencia del régimen tradicional del recurso gubernativo. Advuértase que, en puridad, había de entenderse que los originales artículos 112 a 136 del Reglamento Hipotecario de 1946, varios de los cuales ni tan siquiera habían sido objeto formal de la reforma (arts. 112.1.º y 2.º, 117, 125, 126 y 130), quedaban restablecidos en su vigencia tras la anulación de su reforma reglamentaria de 1998. Sin embargo, en la práctica, la consideración de los argumentos de la sentencia, que en la misma se estimaban aplicables en buena medida a los preceptos vigentes antes de la reforma, llevaron al surgimiento de profundas dudas sobre la posibilidad de seguir manteniendo el sistema tradicional del recurso gubernativo contra las calificaciones registrales (43).

(43) Véanse, en tal sentido, las apreciaciones de la profesora Carmen GÓMEZ LAPLAZA, encargada, con la colaboración de la profesora Helena Díez GARCÍA, de las concordancias y notas de la recopilación, *Leyes hipotecarias*, 11.ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 264.

2. LA COMPLEJA REGULACIÓN LEGAL DEL RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA SUJECCIÓN AL CONTROL DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

La necesidad de aprobar por vía legal un nuevo régimen completo de recursos contra las calificaciones registrales se colmó incluyendo dicho régimen en la Ley de medidas de 2001 (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social: art. 102), que introdujo un nuevo título XIV en la Ley Hipotecaria de 1946, comprensivo de los artículos 322 a 329. Aunque parece fuera de duda que las leyes de medidas, formadas por acarreo de muy variadas reformas legales, no eran el lugar idóneo para permitir, no ya un debate parlamentario sosegado sobre cuestiones de tan gran calado como las aquí contempladas, sino ni aun el cumplimiento de las mínimas exigencias de certeza jurídica, la verdad es que la regulación de la materia, conforme a los postulados constitucionales, parecía indeclinable y urgente (44). Probablemente, bajo la óptica de esos valores jurídicos, hubiera sido preferible una regulación por Decreto-ley, que habría permitido llevar a cabo la imprescindible reforma con rapidez y claridad sin perjuicio de la posterior tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (45).

En todo caso, el nuevo régimen jurídico de los recursos administrativos contra las calificaciones registrales adoptó opciones generales que cabe considerar adaptadas a los principios básicos de los procedimientos administrativos, tal como se había considerado necesario en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000. Así, las notificaciones de las calificaciones negativas, el cómputo de plazos y los lugares de presentación de los escritos en relación con el recurso en vía administrativa pasaron a regirse por la Ley de Procedimiento Administrativo Común (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: arts. 322.1.º, 326.4.º y 327.3.º). El diseño de la vía administrativa de recurso se limitó con carácter general a una sola alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, desapareciendo la anómala atribución de los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia,

(44) Para una crítica del sistema de las llamadas «leyes ómnibus», particularmente en su modalidad de leyes de acompañamiento a los presupuestos generales, denominadas durante un tiempo leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social, véase la demolidora crítica del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999, en especial pág. 75 y sigs.

(45) Aun versando sobre el Registro de la Propiedad, no parece que la regulación por Decreto-Ley hubiera infringido el límite constitucional que excluye tal forma legislativa cuando queden afectados «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I» (Constitución: art. 86.1), entre los que se incluye el derecho de propiedad (Constitución: art. 33), puesto que, conforme a la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Decreto-Ley de expropiación del grupo RUMASA, no estaríamos en presencia de disposiciones directas sobre el régimen general de la propiedad privada (sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre. Ponencia del Magistrado Jerónimo AROZAMENA SIERRA).

sin perjuicio de las especialidades autonómicas a las que habremos de referirnos en el epígrafe siguiente (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 324.1.º). Se suprimieron también las restricciones legitimadoras relativas al notario autorizante del documento (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 325.b) y se unificaron los plazos de recurso con respecto a los establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 326.2.º).

Contra las pertinentes Resoluciones de la Dirección General, se estableció que «serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal» (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 328.1.º). Para el establecimiento de los plazos de interposición de la demanda ante los juzgados de la correspondiente capital de provincia (ahora sí, verdadero recurso judicial contra la calificación registral), se buscó el paralelismo con los establecidos para la interposición del recurso contencioso-administrativo: dos meses desde la notificación de la resolución o el plazo de un año desde la interposición del recurso gubernativo (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 328.2.º). Por supuesto, la legitimación para la vía de recurso se amplió a todos los interesados (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 328.3.º). También se solucionó el problema de la representación de la Administración del Estado en ese juicio, normalmente atribuida a la Abogacía del Estado, salvo «cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración (del Estado) ostente un interés directo», en los que «la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal» (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 328.4.º).

Todo lo anterior, por supuesto, «sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo» (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 328.5.º). Esto es, con pleno respeto al ejercicio de las acciones civiles (o contencioso-administrativas, en su caso) relativas a la validez o nulidad de los documentos implicados, conforme a los plazos de prescripción (o caducidad) aplicables con carácter general según la materia civil o mercantil (o administrativa) concernida (46).

En definitiva, nos encontramos ya ante una regulación homologable en términos generales con las vigentes para los recursos administrativos o judiciales, sin que ello signifique, naturalmente, la ausencia total de problemas por virtud del nuevo régimen. En los años siguientes, los intentos legis-

(46) Las aclaraciones del texto entre paréntesis hacen referencia a la posibilidad que asiste al interesado de impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no ya la calificación registral, sino un documento administrativo que haya de acceder al Registro de la Propiedad. En tal supuesto, la eventual anulación contencioso-administrativa del título administrativo tendría idéntica fuerza para el Registro de la Propiedad que la anulación de un título civil o mercantil por la Jurisdicción Civil.

lativos de solucionar algunos de esos problemas habrían de torturar a los interesados en estos procedimientos, dado el hábito de seguir incorporando las reformas parciales de la Ley Hipotecaria en sucesivas leyes de medidas.

Así, en la Ley de medidas de 2002 (Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social: Disposición Adicional 14.^a), se amplió la intervención en el procedimiento del recurso gubernativo y en el recurso judicial a nuevas personas interesadas por diversas circunstancias (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2002: arts. 327.5.º y 328.4.º). En la Ley de medidas de 2003 (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social: art. 135.4), se reguló la posibilidad de practicar asientos posteriores en el caso de inscripciones parciales, se aclaró el término inicial para el cómputo de determinados plazos y se estableció el régimen de suspensión de la resolución impugnada en caso de interposición de recurso judicial (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2003: arts. 322.3.º, 323.2.º, 327.11.º y 328.6.º).

Por fin, en la Ley de reformas de 2005 (Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad: art. 31) se dio carácter optativo a la vía de recurso administrativo, decisión esta que cabe considerar de gran trascendencia a efectos de imprimir mayor rapidez en la defensa de los interesados, quienes pueden, así, acudir directamente a la vía judicial (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2005: arts. 66, 324.1.º, 327.1.º y 328.1.º). Hubo que incluir también algunas reformas que, en realidad, sólo venían a tratar de introducir claridad en el caos derivado de las sucesivas intervenciones legislativas en los diferentes párrafos de los artículos de la Ley Hipotecaria, párrafos que no se encuentran numerados formalmente (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2005: art. 327.5.º y 10.º). Se produjeron asimismo algunas modificaciones significativas en relación con el plazo de recurso judicial en caso de silencio administrativo en vía de recurso, que ha pasado a ser, en lugar de un año, conforme al paralelismo con el recurso contencioso-administrativo, un extraño plazo de «cinco meses y un día desde la fecha de interposición del recurso (administrativo)» (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2005: art. 328.2.º), y se precisó el alcance de la legitimación para recurrir en vía judicial, negándose explícitamente tal condición a las organizaciones profesionales de notarios y registradores y limitando la correspondiente al notario y registrador intervinientes a los supuestos en los que la calificación registral «afecte a un derecho o interés del que sean titulares» (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2005: art. 328.4.º).

No es objeto de este trabajo el análisis pormenorizado del régimen jurídico de los recursos contra las calificaciones registrales negativas (47). Al

(47) Para ello, véanse: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El recurso administrativo contra las calificaciones registrales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercanti-

objeto de nuestro estudio, es suficiente con poner de relieve la evolución producida: desde un régimen jurídico anticuado, surtido de extrañas reglas de competencia, incompleto bajo la óptica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, hemos pasado a un régimen jurídico moderno, establecido por ley, ejercido por una autoridad administrativa, conforme a los principios generales del procedimiento administrativo y con plena garantía de control judicial, según opciones normativas que en términos generales parecen adecuadas. Naturalmente, el moderno régimen jurídico de los recursos contra las calificaciones registrales presenta aspectos problemáticos, como los relativos a la construcción del silencio administrativo en vía de recurso, el efecto vinculante de las Resoluciones de la Dirección General o la insuficiencia del juicio verbal para un debate que fundamentalmente suele ser de contenido jurídico (48). Pero los elementos vertebradores del sistema ya no pueden ser radicalmente puestos en duda (49).

les de España, 2006; Celestino PARDO NÚÑEZ, «El recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General: análisis y crítica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 690 (2005), págs. 1269-1319; Manuel GONZÁLEZ-MENESES, «Calificación y recursos en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y reformas posteriores», en la misma *Revista*, núm. 683 (2004), págs. 1367-1409, y Manuel FIGUEIRAS DACAL, «Recurso gubernativo versus judicial», en la misma *Revista*, núm. 680 (2003), págs. 3291-3335.

(48) Véanse, por ejemplo, sobre el régimen del silencio administrativo en la vía de recurso contra las calificaciones registrales, GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, en especial, págs. 94-105 y págs. 107 y sigs., quien, sin embargo, llega a postular un replanteamiento de las posturas críticas tradicionales en nuestra doctrina administrativista e incluso en la jurisprudencia contencioso-administrativa frente al efecto de acto consentido, a la vista de la protección de los derechos de terceros interesados. En relación con los efectos de las Resoluciones de la Dirección General, véase el estudio del civilista VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *El efecto vinculante de las Resoluciones singulares de la Dirección General de los Registros*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006; y sobre la insuficiencia del juicio verbal en la materia, el mismo autor y *op. cit.*, págs. 16-17, en nota. Sobre otra cuestión que también parece pudiera plantear problemas, la relativa a la característica limitación de los recursos a la impugnación de calificaciones negativas, no se han encontrado referencias en la doctrina, pese a que pudiera haber interesados en combatir las calificaciones favorables, a los cuales hoy no se concede otra vía que el ejercicio de las acciones civiles contra los titulares registrales.

(49) No obstante, para una crítica del sistema, véase CARMEN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El actual recurso gubernativo en el sistema registral español (A propósito de la modificación de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 160 (2003), págs. 49-85. La autora sostiene la conveniencia de establecer un sistema uniforme de recursos, basado en la dualidad jurisdiccional, contra las calificaciones y actuaciones llevadas a cabo en relación con el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, el Registro de la Propiedad Intelectual, el Registro de la Propiedad Industrial y los Registros de Pares de Hecho. La dificultad inherente a ese objetivo parece clara, al tratarse de registros muy diferentes entre sí, por la incidencia de diversas tradiciones históricas, vinculaciones organizativas y razones dogmáticas. No parece viable apoyar tal objetivo en la competencia estatal relativa a la «ordenación de los Registros públicos» (Constitución: art. 149.1.8.ª), dado que en la misma únicamente se comprenden los regis-

IV. HACIA LA FRAGMENTACIÓN DEL SISTEMA

Antes de iniciarse propiamente el proceso de modernización del régimen de recursos contra las calificaciones registrales negativas, aunque coincidiendo después con el mismo, se puso en marcha otro proceso tendente a fragmentar ese régimen. En este último epígrafe vamos a examinar críticamente los fundamentos jurídicos que llevaron, primero, a incluir una garantía estatutaria de finalización de los recursos contra las calificaciones registrales en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio (A) y, más recientemente, a la afirmación de una competencia autonómica que comprendería el entero sistema de recursos contra cualquier calificación registral en la que se aplique el derecho propio de la Comunidad Autónoma (B).

1. LA GARANTÍA ESTATUTARIA DE FINALIZACIÓN DE LOS RECURSOS DENTRO DEL ÁMBITO TERRITORIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO

Como es sabido, la Constitución previó la competencia de las Comunidades Autónomas para la «conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8.^a), competencia que puede encontrar correspondencia en aspectos procesales, ya que la atribución constitucional de competencias al Estado sobre la legislación procesal lo es «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.6.^a). En realidad, las particularidades procesales no se limitan al Derecho Foral, pero lo cierto es que la unión con éste ha propiciado una suerte de coraza territorial en defensa de la foralidad por parte de los Estatutos de Autonomía concernidos, de manera que en ellos se establece que todo asunto referido a Derecho Foral debe necesariamente ter-

tros relativos a materias de Derecho Privado, como se ha establecido en la jurisprudencia constitucional, donde se emplean diferentes títulos de competencia en relación con los «otros registros»; así, el Catálogo de Montes de Utilidad Pública se incardina en la materia de «montes» (sentencia 71/1983, de 29 de julio, FJ 2.^o), el Registro Mercantil en la relativa a «legislación mercantil» (sentencia 72/1983, de 29 de julio, FJ 8.^o) o el Registro de la Propiedad Industrial en la correspondiente a «propiedad industrial» (sentencia 103/1999, de 3 de junio, FJ 3.^o). En todo caso, cabe discrepar de la afirmación de la autora en relación con los recursos contra las calificaciones relativas al Registro de la Propiedad, cuando asegura que en esa materia «la jurisdicción que se venía declarando competente era la contencioso-administrativa» y que «la intervención de ambas jurisdicciones (civil y contencioso-administrativa) ha sido la tónica general en Registros tan tradicionales como el de la Propiedad o Mercantil» (pág. 50); lo cierto es que sólo puede citar en apoyo de la competencia contencioso-administrativa la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000, anteriormente analizada.

minar en el ámbito jurisdiccional de los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia.

Pues bien, la aplicación del anterior esquema conceptual a las calificaciones registrales en las que se aplicara Derecho Foral se tradujo en la negación de competencia para resolver los recursos gubernativos a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Tal consecuencia derivó de un complejo proceso normativo en el que estuvieron implicados, de una parte, entre 1979 y 1983, los Estatutos de Autonomía de las seis Comunidades Autónomas que disponían de Derecho Civil propio y, de otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Los Estatutos de Autonomía citados incluyeron una norma que pretendía garantizar «la competencia de los órganos jurisdiccionales» de la respectiva Comunidad Autónoma para conocer en exclusiva de los recursos contra las calificaciones registrales en las que se aplicara el derecho propio. En realidad, como ya nos consta, «los órganos jurisdiccionales» no conocían propiamente de tales recursos, al aplicarse el sistema de recursos gubernativos contra las calificaciones registrales, aunque cabía suponer que se estaba identificando a los presidentes de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia, que, en su calidad de órganos gubernativos, conocían de la primera instancia de los citados recursos gubernativos. En tal sentido, en la primera redacción del Estatuto de Aragón (1982: art. 29.1.e) la norma se refería explícitamente a los «recursos gubernativos» en la materia.

Conviene indicar que en estas normas estatutarias se apreciaba una significativa variante, según se tratara de Comunidades Autónomas de primer o de segundo grado (50). En los Estatutos de las Comunidades Autónomas de primer grado con Derecho Civil propio (Cataluña, País Vasco y Galicia) se dispuso sobre el particular que «la competencia de los órganos jurisdiccionales» de la respectiva Comunidad Autónoma «se extiende a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho Privativo (vasco, catalán o gallego) que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad» (51). En cambio, en los restantes Estatutos de Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio (Aragón, Navarra y Baleares), la disposición de contenido paralelo limitó la competencia de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma a los recursos sobre calificaciones registrales referentes al «Derecho Civil aragonés», al «Derecho Foral de Navarra» o al

(50) La distinción entre Comunidades Autónomas de primer o de segundo grado, en la actualidad carente de significado, derivaba del establecimiento constitucional de diferentes vías de acceso a la autonomía (Constitución: arts. 143 y 151), que se correspondían con diversos niveles de competencias accesibles (Constitución: arts. 148.1 y 149.1) durante un período de cinco años que ya ha transcurrido (Constitución: art. 148.2).

(51) La misma fórmula se repitió en la primera versión de los Estatutos de País Vasco (1979: art. 14.1.e), Cataluña (1979: art. 20.1.e) y Galicia (1981: art. 22.1.e).

«Derecho Privado de las Islas» (52). Como puede verse, parece haber entre esas cláusulas estatutarias una sensible diferencia, pues en las Comunidades Autónomas de primer grado se comprendían los recursos contra las calificaciones registrales en las que se aplicara el Derecho privativo vasco, catalán o gallego, mientras que en las Comunidades Autónomas de segundo grado sólo alcanzaban a las calificaciones registrales en las que se aplicara el Derecho Civil, Foral o privado de la Comunidad Autónoma. Da la impresión de que en el primer caso se comprendía tanto el Derecho público como el Derecho Civil propio (53).

Ante estas incertidumbres, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 llevó a cabo una especie de operación integradora, tendente a reducir el alcance de las citadas cláusulas estatutarias, limitándolas claramente, primero, a la vía gubernativa de recurso y, segundo, a los supuestos de aplicación exclusiva del Derecho Civil propio. Tal parece ser, en efecto, el sentido de su Disposición Adicional 7.^a:

«Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho Civil, Foral o Especial, privativo de la Comunidad Autónoma. En otro caso, su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Con semejante disposición, el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad seguía residenciado, conforme a la regulación tradicional, una vez suprimidas las antiguas Audiencias Territoriales,

(52) Estatutos de Autonomía de Aragón (1982: art. 29.1.e), Navarra (1982: art. 61.1.e) e Islas Baleares (1983: art. 49.1.e, que pasó a ser el art. 52.1.e, tras la reforma del Estatuto balear de 1999). En el nuevo Estatuto balear de 2007 la cláusula ya se refiere a «las normas emanadas de los órganos de la Comunidad Autónoma» [art. 94.1.e)].

(53) Así lo ha entendido la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo. Magistrados Ponentes Eugenio Díaz EIMIL, Luis LÓPEZ GUERRA y Vicente GIMENO SENDRA, FJ 45.º, en relación con las expresiones «Derecho catalán» y «Derecho gallego», empleadas en los Estatutos de Autonomía de Cataluña (1979: art. 23.1) y Galicia (1981: art. 25) para promover, en los nombramientos del personal judicial en la correspondiente Comunidad Autónoma, la consideración como mérito preferente de la especialización en «Derecho catalán» o «Derecho gallego», expresiones que «se refieren a toda la producción normativa que en el ejercicio de sus competencias dicten los órganos autonómicos, esto es, al Derecho Civil Especial o Foral de cada una de dichas dos Comunidades Autónomas y a las normas de Derecho Público que dicten en materias sobre las que hayan asumido competencias normativas». Curiosamente, el Estatuto del País Vasco (1979: art. 35), sólo promueve en el mismo supuesto la consideración como mérito preferente del Derecho Civil Foral Vasco.

ante el presidente del Tribunal Superior de Justicia. La posterior apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado quedaba excluida cuando el recurso se fundara en Derecho Foral. La vía, propiamente judicial, relativa a la validez o nulidad de los documentos calificados por el registrador, se situaba, por tanto, al margen de las normas mencionadas, y ello sin perjuicio de que dicha vía judicial, cuando se aplicara Derecho Foral, hubiese de finalizar en los órganos jurisdiccionales radicados en la correspondiente Comunidad Autónoma.

Pese a ese entendimiento de las normas estatutarias citadas, éstas no dejan de esconder, al menos, tres problemas, relativo, el primero, al alcance de las competencias autonómicas en la materia; el segundo, a la posición del Estatuto de Autonomía en el sistema de fuentes del Derecho, y el tercero, a la posible incidencia de la evolución del propio sistema de recursos contra las calificaciones registrales:

1.º) El problema competencial en esta materia ha venido siendo soslayado, pero no puede dejar de ser planteado. Cabe, en efecto, discrepar de que las competencias sobre los recursos contra las calificaciones registrales que aplican Derecho propio, sea público o privado, de una Comunidad Autónoma puedan encajar en el concepto de «necesarias especialidades» de la legislación procesal que «se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (*ex art. 149.1.6.ª de la Constitución*). La jurisprudencia constitucional se muestra rigurosa en la exigencia de una clara conexión con el derecho sustantivo autonómico, que brilla por su ausencia en nuestro caso; por añadidura, la misma jurisprudencia rechaza que por esta vía las Comunidades Autónomas pudieran llegar a establecer «no una particularidad en la ordenación del proceso, sino una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal» (54). Tampoco cabe aducir que estemos aquí en presencia de «espe-

(54) La jurisprudencia constitucional no parece dejar dudas al respecto. Con carácter general, el Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal (*Constitución: art. 149.1.6.ª*) responde a la «necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales» y, en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas «no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo», sino que, como indica la expresión «necesarias especialidades» del precepto constitucional citado, «tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las relaciones jurídicas sustantivas configuradas en la mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo», singularidades procesales que «han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas» (sentencia del Pleno 47/2004, de 25 de marzo. Magistrado Ponente: Pablo GARCÍA MANZANO, FJ 4.º, con apoyo explícito en jurisprudencia constitucional anterior).

De conformidad con el anterior razonamiento, se han declarado inconstitucionales: la atribución por la legislación valenciana de competencia al orden jurisdiccional contencio-

cialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas», que permitirían a éstas establecer alguna singularidad en el procedimiento administrativo (*ex* art. 149.1.18.^a de la Constitución), dado que nos encontramos en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado sobre «ordenación de los registros» (art. 149.1.8.^a).

En el debate político y jurídico, la cuestión competencial pareció quedar orillada, al haberse establecido en la Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 una regla que, parcialmente al menos, coincidía e incluso daba cobertura a las regulaciones citadas de los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, hay que dejar muy claramente establecido que la atribución de competencias para conocer de los recursos contra las calificaciones registrales, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, sólo puede legítimamente proceder del Estado, que es el único capacitado para ordenar el Registro de la Propiedad y establecer las atribuciones de los órganos judiciales.

En realidad, la «solución» del problema competencial planteado en esta materia por parte de la citada Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial no deja de ser una suerte de paso hacia delante, obviando los fundamentos de las competencias relativas a la materia registral. Materia que, como acabamos de decir, pertenece a la competencia exclusiva del Estado, sea cual sea el régimen jurídico que esté aplicando el registrador. Piénsese, en tal sentido, que, con frecuencia, el registrador aplicará legisla-

so-administrativo para conocer de las impugnaciones relativas a la declaración de arrendamientos históricos (sentencia del Pleno 121/1992, de 28 de septiembre. Magistrado Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, FJ 4.º, de donde procede el entrecomillado del texto), la inclusión en la legislación gallega de un magistrado en los jurados provinciales de montes vecinales en mano común y la determinación del tipo de juicio declarativo a seguir en los litigios relativos a la clasificación de tales montes (sentencia del Pleno 127/1999, de 1 de julio. Magistrado Ponente: Fernando GARRIDO FALLA, FFJJ 2.º a 5.º), la reproducción en otra legislación gallega de normas procesales estatales relativas a las resoluciones judiciales susceptibles de casación y a los motivos de la misma, así como la inclusión de novedades normativas sobre las resoluciones susceptibles de casación que respondan a «un puro y simple prurito de perfección técnica-jurídica» y de reglas que atribuyen competencia jurisdiccional al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, regulan las costas procesales o declaran la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia del Pleno 47/2004, de 25 de marzo. Magistrado Ponente: Pablo GARCÍA MANZANO, FFJJ 8.º, 9.º, 12.º, 15.º, 16.º y 17.º) y la previsión en la legislación madrileña de una intervención judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, para que las fundaciones pudieran repudiar herencias o dejar de aceptar donaciones en ciertos casos (sentencia del Pleno 341/2005, de 21 de diciembre. Magistrado Ponente: Elisa PÉREZ VERA, FJ 10.º c).

En la jurisprudencia constitucional, únicamente se han aceptado en esta materia las particularidades de la legislación gallega que permiten interponer recurso de casación contra sentencias relativas al Derecho Civil propio con independencia de la cuantía litigiosa y con fundamento en infracción de uso o costumbre notorios, y ello por virtud del reconocimiento de que se trata de «necesarias especialidades» de la legislación procesal adecuadamente demostradas por el legislador autonómico (sentencia 47/2004, de 25 de marzo, FFJJ 10.º, 11.º y 14.º).

ción urbanística o, en general, administrativa de cada Comunidad Autónoma, sin que de ahí quepa deducir ninguna consecuencia en orden a los recursos contra la calificación registral. La falta de encaje de los Estatutos de Autonomía citados con la Constitución, pese a su coincidencia con la solución establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha podido contribuir a alimentar la confusión en la materia que nos ocupa.

2.º) El segundo problema se planteó específicamente tras la reforma del Estatuto de Aragón de 1996, al haberse suprimido del mismo toda referencia singular a las competencias en materia de recursos contra las calificaciones registrales. Dado que la citada Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 condicionaba la competencia exclusiva del presidente del Tribunal Superior de Justicia a una circunstancia que ya no concurría («cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad»), se planteó la duda de si en Aragón seguía vigente la apelación ante la Dirección General, conforme a los planteamientos generales entonces aplicables (55).

De esta manera, venía a plantearse, en realidad, una improcedente subordinación del Estatuto de Autonomía a la Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, si se entiende que la Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial condicionaba la competencia exclusiva del presidente del Tribunal Superior de Justicia a su previsión en el Estatuto de Autonomía, resulta que se está dando por buena una reserva de Estatuto establecida en dicha Ley Orgánica (56). Pero sucede que la Ley Orgánica del Poder Judicial carece de

(55) En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2005 (BOE de 9 de agosto de 2005), se considera suprimida la especialidad relativa a la Comunidad Autónoma de Aragón por virtud de la desaparición de la cláusula estatutaria de referencia en la reforma del Estatuto de Aragón de 1996. El problema afectaba también a la casación en materia de Derecho Foral, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo, en Autos de 10 de febrero de 1998 (Aranzadi, 1160), 24 de junio de 2003 (Aranzadi, 5381) y 13 de julio de 2004 (Aranzadi, 5808), a favor del mantenimiento de las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, cuestión de la que me ocupé críticamente en Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Las competencias del Tribunal Superior», en mi libro, *La autonomía de Aragón: trayectoria y políticas*, Zaragoza, Biblioteca Aragonesa de Cultura, 2005, págs. 73-78. A favor de una lógica traslación de los planteamientos de esa línea jurisprudencial a los recursos contra las calificaciones registrales, en contra de la postura de la Dirección General, véase Pedro Luis SERRERA CONTRERAS, «Dos observaciones en materia de recursos en torno al Derecho Foral aragonés», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 693 (2006), págs. 185-193. En todo caso, téngase presente que el nuevo Estatuto de Aragón de 2007 ha recogido la cláusula relativa a la competencia de los órganos jurisdiccionales autonómicos contra las calificaciones registrales (art. 78.3).

(56) Una explicación sobre la técnica de la reserva normativa. Consiste en la exigencia de que determinadas cuestiones sean reguladas o decididas por normas de cierto rango.

superioridad jerárquica para establecer ninguna exigencia con respecto al Estatuto de Autonomía. Aunque el Estatuto sea aprobado por ley orgánica, sigue un procedimiento especial de elaboración o de modificación que imposibilita considerarlo como una ley orgánica más. De ahí que el poder estatutario permanezca inmune frente a cualquier intento de una ley orgánica de reservar cierta materia o decisión a su tratamiento por el Estatuto de Autonomía. Carece el legislador orgánico de competencia para condicionar los temas que deban ser tratados en el Estatuto de Autonomía. Únicamente la Constitución o el propio Estatuto de Autonomía podrían establecer reservas de Estatuto.

3.º) El tercer problema tiene que ver con las posibilidades de evolución del sistema de recursos contra las calificaciones registrales. Recuérdesse que los Estatutos de Autonomía con Derecho Civil propio atribuyeron directamente «a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma» el conocimiento de «los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho Privativo que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad». Como hemos visto, de esta manera, se pretendía asegurar que el recurso gubernativo contra las calificaciones registrales referidas al Derecho Civil propio no llegara a ser competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin embargo, con tan concreta referencia también se impedía una evolución del régimen de recursos, esto es, se condicionaba una eventual reforma de ese régimen a una cierta opción, consistente en imponer la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales dentro de la Comunidad Autónoma. La opción consistente en establecer una vía de recurso ante un órgano administrativo de la Comunidad Autónoma, por ejemplo, parecía quedar excluida, salvo en Aragón tras la reforma estatutaria de 1996 y hasta el nuevo Estatuto de 2007.

No parecen, en definitiva, los Estatutos de Autonomía normas jurídicas apropiadas para regular cuestiones organizativas que han de estar sujetas a la plena voluntad del legislador ordinario. Sin embargo, los problemas no van a acabar con las cláusulas estatutarias citadas, pues en la última oleada de reformas de los Estatutos de Autonomía se ha producido un significativo avance competencial en la materia que nos ocupa.

De ahí que pueda hablarse de reserva reglamentaria, legal, estatutaria, constitucional, en función del rango de la norma a cuya aprobación se reserva una regulación o una decisión. Pues bien, un requisito esencial, junto con otros que no vienen al caso, para la procedencia de las reservas normativas es que éstas sean establecidas por normas de igual o superior jerarquía que las reservadas. De lo contrario, se produciría una alteración inadmisibles de la jerarquía normativa, que es principio esencial del sistema de fuentes del Derecho.

2. LA AFIRMACIÓN DE UNA COMPETENCIA AUTONÓMICA EXCLUSIVA Y GENERAL SOBRE LOS RECURSOS CONTRA LAS CALIFICACIONES REGISTRALES

La mención del problema relativo a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio en la moderna normativa registral es mínima. La Ley Hipotecaria, reproduciendo improcedentemente, conforme a lo ya argumentado, la reserva estatutaria contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que «cuando el recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente» (Ley Hipotecaria tras la reforma de 2001: art. 324.2.º). En ausencia de otras regulaciones, en un primer momento, hubo de seguir entendiéndose que, según la Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el órgano competente para resolver el recurso gubernativo en esos casos era el presidente del Tribunal Superior de Justicia, cuya intervención había de entenderse producida en su calidad de órgano jurisdiccional que no ejerce funciones jurisdiccionales sino gubernativas, con la sucesiva extrañeza derivada del posterior sometimiento al control del juez de primera instancia. Sin embargo, la citada Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial recibió nueva redacción en 2003, sustituyéndose la referencia al presidente del Tribunal Superior de Justicia por «el órgano jurisdiccional competente» (57). En consecuencia, conforme a esta regla, en las seis Comunidades Autónomas que cuentan con Derecho Civil propio, debiera de entenderse que los recursos contra las calificaciones registrales negativas discurren exclusivamente por la vía judicial civil, habiendo de finalizar todas las instancias y grados procesales en el correspondiente ámbito territorial autonómico (58). Sin embargo, situaciones especiales se plantean actualmente en Cataluña y en Aragón.

En Cataluña, superando el marco competencial de su Estatuto de 1979, se ha aprobado una ley propia regulando los recursos contra las calificaciones registrales (Ley de Cataluña 4/2005, de 8 de abril). En ella, en abierto paralelismo con la solución establecida en la Ley Hipotecaria tras la reforma de

(57) La redacción de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, es la siguiente: «Cuando el conocimiento del recurso gubernativo contra la calificación negativa de un Registrador de la Propiedad, basada en normas de Derecho Foral esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente».

(58) Cabe recordar, en tal sentido, que la supuesta anomalía producida, en el caso de Aragón tras la reforma estatutaria de 1996, por la falta de inclusión de la cláusula que atribuyera competencia a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma, ya ha sido «subsanada» en el nuevo Estatuto de Aragón de 2007, cuyo artículo 78.3 la recoge.

2001, para evitar el «agravio comparativo y discriminatorio» que el actual sistema supone para los ciudadanos de Cataluña, según se dice en el preámbulo, se atribuye la competencia para resolver el recurso gubernativo contra las calificaciones registrales producidas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma en las que se aplique Derecho catalán, a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Gobierno de la Generalidad, que actúa asesorada por una comisión de juristas. Por lo demás, la forma de intervención y la tramitación de los recursos queda enteramente remitida a la Ley Hipotecaria (59).

En el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 se ha pretendido convalidar la regulación anterior mediante la transformación de la garantía estatutaria de finalización ante los órganos jurisdiccionales autonómicos de los recursos contra las calificaciones registrales en una competencia en la materia. En efecto, se establece en su artículo 147.2 que «corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de los recursos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán, que deben tener acceso a un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña». No es difícil observar la diferencia entre las primitivas cláusulas estatutarias y la moderna opción incluida en el Estatuto de Cataluña. Ahora ya nos encontramos, al hilo de una de las críticas que anteriormente planteábamos, ante una materia de contenido propiamente estatutario: la asunción de una competencia. El problema es, como también cabe recordar, que difícilmente puede considerarse incluida esta competencia ni en las especialidades del procedimiento administrativo ni en las procesales que pueden asumir las Comunidades Autónomas. Se rebasa ampliamente el límite competencial autonómico, y la Comunidad Autónoma procede a regular aspectos de una materia, la «ordenación de los registros», que se encuentra reservada en exclusiva al Estado (Constitución: art. 149.1.8.^a).

En una línea parecida, aunque de alcance más limitado, en el artículo 75.10.^a del nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, se asume la competencia compartida sobre «régimen de los recursos fundados en el Derecho Foral aragonés contra la calificación negativa de documentos, o cláusulas concretas de los mismos, que deban tener acceso a un Registro Público de Aragón». No deja de verse que la competencia sólo incluye a las calificaciones registrales que apliquen Derecho Foral y no todo el Derecho aragonés y que, además, se asume con el carácter de competencia compartida, de manera que la Comunidad Autónoma reclama «el desarrollo legislativo y la ejecución de la

(59) Es de suponer que, conforme a esa última remisión, nadie discutirá en la actualidad el derecho de opción del interesado entre acudir a la vía gubernativa previa y posteriormente, en su caso, a la judicial, o ir directamente a la vía judicial, tal como se le garantiza con carácter general tras la reforma de la Ley Hipotecaria producida precisamente a finales de 2005.

legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley». Sin embargo, aun la misma asunción estatutaria de una competencia compartida por las Comunidades Autónomas parece constitucionalmente inviable, pues la competencia estatal en la materia es, como venimos señalando, exclusiva y excluyente de toda competencia autonómica. Incluso una eventual ley orgánica de transferencia o delegación de competencias a las Comunidades Autónomas en esta materia resultaría difícilmente admisible, dada la limitación constitucional de tal mecanismo a las «facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación» (Constitución: art. 150.2); se haría, en efecto, costoso admitir, ni aun por medio de tal vía, una competencia autonómica que entraña la ruptura de la institución registral confiada al Estado.

En definitiva, vemos que el seguimiento de una lógica que parece constitucionalmente inadecuada, al resultar abiertamente contraria al sentido de la citada competencia estatal, ha conducido a la reivindicación estatutaria, primero, de la garantía de finalización de procesos en el ámbito autonómico, y después, de la misma competencia para establecer el completo régimen de los recursos contra las calificaciones registrales. En el caso catalán, la opción no se refiere exclusivamente al Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma, sino que comprende todo el Derecho catalán, incluida, pues, la amplia legislación administrativa frecuentemente aplicada en las calificaciones registrales, así como cualquier regulación comprendida en lo que sea el Derecho catalán. Es más, aunque la calificación registral aplicara también Derecho estatal, en los términos de la Ley de Cataluña 4/2005, sería aplicable la competencia del órgano administrativo allí establecido (art. 1: «siempre que dichos recursos se fundamenten, de manera exclusiva o juntamente con otros motivos, en una infracción de las normas del Derecho catalán»). Hasta las reglas de tramitación establecidas en la Ley Hipotecaria pasan a estar incluidas en el ámbito competencial de la Generalidad, siendo de aplicación actualmente por voluntad del legislador autonómico (Ley de Cataluña 4/2005: art. 4). De generalizarse ese planteamiento, el régimen de los recursos contra las calificaciones registrales pasaría a depender enteramente, tanto en aspectos orgánicos como de procedimiento, de las Comunidades Autónomas. La unidad de doctrina registral, que se propugnaba en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, podría quedar diluida en diecisiete doctrinas registrales, al margen de la estatal.

RECAPITULACIÓN

Expuestos quedan los polos de tensión que han condicionado el alcance del régimen vigente de los recursos contra las calificaciones de los Registra-

dores de la Propiedad. Algunos de ellos pueden considerarse, si no definitivamente eliminados, sí, al menos, asumidos y resueltos por el legislador, sin perjuicio de la crítica de elementos concretos, que es consustancial al progreso jurídico. Otros, en cambio, parecen pendientes todavía de un adecuado tratamiento.

Hemos podido advertir, así, la fuerza de los planteamientos tradicionales, rodeados de un prestigio técnico indudable, que prolongó su influencia más visible hasta la altura de la reforma reglamentaria de 1998. Y aunque aún pueden persistir dudas sobre la viabilidad de haber mantenido la regulación tradicional introduciendo en la misma ciertas reformas, conforme a alguna posición dotada de alto valor argumental, no puede dejar de reconocerse que el legislador de 2001-2005 se ha inclinado por opciones que una buena parte de la doctrina y la importante sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2000, consideraban acordes con las exigencias constitucionales.

El segundo polo de tensión examinado ha sido el que deriva de la tendencia a la administrativización del Registro de la Propiedad, perfectamente escenificada en la oposición entre la sentencia de la Sala Primera de 22 de diciembre de 1994 y la de la Sala Tercera de 15 de febrero de 2000. Y también aquí, pese a la consistencia de la propuesta doctrinal de diferenciar entre el acto registral y el acto registrado y establecer un sistema de dualidad jurisdiccional para el control de las calificaciones registrales, cabe sostener que el legislador ha optado legítimamente por concentrar la competencia en el orden jurisdiccional civil.

Contamos, pues, en relación a esos problemas, con un régimen jurídico en términos generales adecuadamente modernizado. Como ya se ha señalado, pese a los problemas de forma y fondo que dicho régimen pueda todavía suscitar, no puede menos de constatarse que la reforma se ha llevado a cabo tratando de dar respuesta a las dos grandes cuestiones referidas.

Queda pendiente, sin embargo, el problema competencial que, según ha podido comprobarse, ha sido soslayado por el legislador estatal, sin advertir quizá la tendencia a la fragmentación del Registro de la Propiedad que germinaba en tal actitud. Ni desde las exigencias de la foralidad ni desde la sustantividad de los ordenamientos autonómicos parece necesario ni deseable cuestionar el sentido de una institución cuya ordenación unitaria tantos beneficios proporciona al tráfico jurídico. Por ello, aunque a nadie se le oculta la dificultad de contener la inercia del movimiento disgregador, parece necesario que las instituciones estatales recuperen su capacidad de reacción en este ámbito, haciendo valer la plenitud de las competencias del Estado tanto para potenciar las medidas que la apoyen como para oponerse a propuestas de reforma estatutaria y normas autonómicas que la desconozcan.

RESUMEN

RECURSOS CONTRA CALIFICACIONES REGISTRALES

El estudio consiste en la identificación y el análisis de los problemas presentes en el régimen de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, problemas derivados de las diferentes tendencias que han confluído en la materia a lo largo del tiempo. Se explica, así, la construcción del régimen tradicional a partir de la Ley Hipotecaria de 1861, en cuyo desarrollo reglamentario se consolidó un sistema de recursos gubernativos justificado por la naturaleza de jurisdicción voluntaria de las calificaciones registrales, aunque ya tras la Constitución de 1978 terminó formándose cierto consenso sobre las incoherencias de ese régimen tradicional. Dentro de las líneas tendentes a solucionar la falta de una garantía de completo control judicial de las calificaciones registrales, se expone el interesante debate jurisprudencial y doctrinal en torno a la competencia de la Jurisdicción Civil o de la Contencioso-Administrativa, en el que se refleja claramente la tendencia a la administrativización de la institución registral. En tal contexto, se estudia el complejo proceso de modernización puesto en marcha a partir de 1998, en el que hubo de experimentarse, primero, la completa anulación judicial de la regulación llevada a cabo por una norma reglamentaria y, después, el establecimiento del régimen vigente en varias leyes de medidas de manera inadecuada desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Por último, se destaca la paralela tendencia a la fragmentación del sistema, primero, a través de cláusulas estatutarias que pretenden garantizar la finalización de los recursos contra las calificaciones registrales en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio y, más recientemente, mediante el intento de afirmar una competencia autonómica exclusiva y general en la materia, que parece quebrar la institución unitaria del Registro de la Propiedad.

ABSTRACT

APPEALS AGAINST THE PROPERTY REGISTRARS' EVALUATIONS

The paper identifies and analyzes the problems in the regime of the appeals against the evaluations made by the Property Registrars, problems which derive from the different tendencies that have converged in the matter throughout time. The research explains how the traditional regime was built from the Act of 1861, whose regulatory development consolidated a system of administrative appeals justified by the nature of voluntary jurisdiction of the Registrars' evaluations, and the latter consensus arisen, after the Constitution of 1978, on the incoherencies of that traditional regime. Among the lines tending to solve the lack of guarantee of a complete judicial control over the Registrars' evaluations, the paper presents the interesting jurisprudential and doctrinal debate concerning the competence of either the Civil or the Administrative jurisdiction, which shows a clear tendency towards the administrative view. In such context, the paper analyzes the complex modernization process that started in March 1998, which underwent, initially, the complete judicial repeal of the previous regulatory development and, subsequently, the establishment of the current regime by several Measures Acts, an inadequate way from the point of view of the legal certainty. Finally, the paper points out a parallel trend to the fragmentation of the system by two means: firstly, some statutory clauses that try to guarantee that appeals against the Registrars' evaluations end in the territorial area of the Autonomous Communities with own civil law, and, secondly and more recently, the attempt to reinforce an exclusive and general autonomic competence in the matter which would break the unitary institution of the Property Register.

(Trabajo recibido el 14-06-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

DICTÁMENES Y NOTAS

Las Resoluciones de la Dirección General y el deber de obediencia de los Registradores

por
CELESTINO PARDO NÚÑEZ
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

- I. OBEDIENCIA DEBIDA Y RESPONSABILIDAD CRIMINAL.
- II. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR DESOBEDIENCIA.
- III. EL PRESUNTO CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.
- IV. LAS RESOLUCIONES NI SON REGLAMENTOS NI CIRCULARES.
- V. LA INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES HECHAS POR REPRESENTANTES CON PODERES REVOCADOS.

INTRODUCCIÓN

Son, sin duda, muy discutibles las últimas Resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado que se están dictando sobre la calificación de la representación —todas o casi todas—, pero especialmente algunas en que administradores o apoderados infieles, imputados criminalmente por delitos de apropiación y estafa, disponen de bienes del *dominus*, sabiendo que éste les había revocado el poder o que estaba extinguido por otra causa.

Sostienen esas Resoluciones, en efecto, que (aunque el *dominus* revoque el poder antes de que el apoderado infiel consumara el delito, inscriba esa revocación en los Registros Mercantiles, y, estando en curso el proceso pe-

nal, se tome el trabajo de aportar la escritura de revocación al Registro de la Propiedad) le estará prohibido al Registrador tomar en consideración alguna de esas pruebas y, por tanto, estará obligado a practicar el asiento de inscripción de la finca transmitida por el ex-representante infiel.

Ahora bien, no cabe duda de que, si se practica el asiento solicitado y aparece luego un tercero protegido por la fe pública registral, ya nadie podrá evitar que se consume la transmisión realizada por el falso apoderado; se materialice, por tanto, la apropiación ilícita; y se cumpla, en consecuencia, el tipo objetivo del delito.

Se trata ahora de analizar, ante el peligro de que se produzcan tan absurdas consecuencias, cuál debe ser la conducta de los Registradores —por tanto, hasta dónde puede alcanzarles el pretendido carácter vinculante de las citadas Resoluciones y su doctrina— cuando se encuentran ante un posible delito que, de existir, se consumará precisamente gracias a su intervención o ayuda (es decir, gracias al asiento cuya práctica se le solicita).

I. OBEDIENCIA DEBIDA Y RESPONSABILIDAD CRIMINAL

1. Incurren en apropiación indebida los administradores o representantes infieles que disponen de bienes inmuebles del *dominus*, sabiendo que su poder está revocado o se haya extinguido por otra causa. En efecto, el nuevo CP castiga a los que

«en perjuicio de otro se apropian o distraen (...) activos patrimoniales que hayan recibido en depósito, comisión o administración (...).»

La reforma de 1995 incluyó en el tipo de la apropiación indebida una nueva hipótesis: la apropiación o distracción de activos patrimoniales en general. Pues bien, según la doctrina especializada, esta inclusión obliga a apreciar el delito de apropiación indebida, también cuando la distracción o disposición se haga sobre bienes inmuebles por las siguientes razones:

- i) En primer lugar, porque la interpretación gramatical así lo permite, y hasta lo exige.
- ii) En segundo lugar, porque, como dice QUINTERO, la expresión «activos patrimoniales» sólo puede referirse a *inmuebles* ya que esa expresión se emplea como opuesta a la de bienes muebles que le precede (es decir, con la intención de cerrar una enumeración de bienes que termina con una referencia genérica a «cualquier cosa mueble»).

En consecuencia, según el mismo autor, comprende el delito de apropiación no sólo la distracción de bienes muebles, sino también de «inmuebles,

realizada a través de enajenaciones claramente abusivas (esto es, con quebranto de los deberes de lealtad y confianza que configuran la relación entre administrador y administrado) siempre que sean en perjuicio de su titular y en beneficio propio o de un tercero».

2. Ahora bien, si son así las cosas, la cuestión toma enorme importancia para los registradores: como la transmisión efectiva y por tanto la consumación del despojo, cuando de inmuebles se trata, exige la inscripción registral, forzosamente, si el registrador la practica, a sabiendas del resultado criminal, se transforma automáticamente en cooperador necesario.

Según la Jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS, en efecto, para que se pueda apreciar la cooperación necesaria, basta con que la «ayuda del cómplice se demuestre útil al plan de ejecución o facilite su ejecución de modo significativo»; y poca duda cabe, en el caso de los negocios criminosos celebrados por un *falsus procurator*, de que la práctica del asiento y, por tanto, la intervención del registrador, no sólo es útil o necesaria sino de todo punto imprescindible para que, por el juego de la llamada fe pública registral, el despojo se consume.

Sólo si, practicado el asiento, aparece luego un tercero protegido por la fe pública registral, pierde definitivamente el poderdante la posibilidad de desconocer —en uso de la facultad que le concede el art. 1.259 del Código Civil— la transmisión del falso apoderado; y, por tanto, sólo con la inscripción, se consuma definitivamente la apropiación ilícita o el despojo por los terceros adquirentes y, por tanto, se cumple el tipo objetivo del delito.

3. Por lo demás, la obediencia debida al superior —y este es el punto verdaderamente importante— nunca puede eximir al registrador de responsabilidad criminal cuando la orden que le cursa ese superior, sea manifiestamente injusta.

Así resulta expresamente del artículo 410 del CP, que tipifica el delito de desobediencia de funcionarios. En principio, según su texto, comete siempre delito de desobediencia el funcionario que deja de cumplir la orden del superior, *salvo que*, como se encarga de recordar muy claramente el mismo artículo, *la orden cursada sea manifiestamente injusta*.

Lo dice muy claro y muy bien el mismo QUINTERO: el CP «autoriza a desobedecer las órdenes injustas», por lo que *de facto* ha suprimido la eximente de obediencia debida.

O lo que es lo mismo, pero dicho de otro modo: si el Código Penal autoriza a los funcionarios a no cumplir mandatos ilegales, se cierra también la posibilidad de apreciación de la eximente de ejercicio legítimo del cargo —precisamente porque, en esos casos, se permite desobedecer—.

Es, por ello, que el funcionario que cumple mandatos injustos de sus superiores, a sabiendas de su ilicitud, incurre en directa responsabilidad criminal «junto con el superior que le indujo a ello», fuera de aquellos casos en

que consiga demostrar que no tenía ni la más mínima conciencia de la injusticia o ilicitud de la orden que se le impuso.

II. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR DESOBEDIENCIA

1. No es momento ahora de hablar sobre el alcance y la naturaleza de las Resoluciones dictadas por la Dirección en los recursos gubernativos. Lo haremos más adelante.

Pero en la medida que se pretenda que su contenido pueda vincular a los registradores, tendrá esa pretensión que justificarse o fundarse, bien en que las Resoluciones en cuestión son normas, o que son órdenes o mandatos de un superior jerárquico.

Pues bien, sea lo que fueren, conviene ya irlo adelantando, en ninguno de ambos casos —tengan, por tanto, el valor de normas o de simples órdenes o mandatos— surgirá, en nuestro Derecho, un deber ciego o incondicionado de obediencia.

Sólo en los Estados totalitarios, la sumisión al Jefe (*Führerprinzip*), se transforma en un valor superior que no conoce límites; y, por tanto, la obediencia exonera de cualquier tipo de castigo, por las posibles infracciones o delitos, que puedan cometer los funcionarios en cumplimiento de las órdenes recibidas.

Pero, gracias sean dadas, no estamos en un Estado totalitario sino, que se sepa, en un Estado social y democrático de Derecho, según dice el artículo 1 de nuestra Constitución.

2. No hay que olvidar, en efecto, que la Administración carece, en nuestro Ordenamiento, de una potestad propia e independiente. La Constitución, que podía habérsela reconocido o concedido, no lo ha hecho.

Al contrario, de ella resulta, con total claridad, que toda acción administrativa, cualquiera que sea su naturaleza, debe presentarse siempre como ejercicio de un poder atribuido por la Ley y, por ella, delimitado y construido: nuestra Administración, en efecto, está sometida de modo pleno a la Ley y al Derecho (*positive Bindung*).

Es, por ello, que todo desajuste o disconformidad con la ley, y no digamos con la Constitución, constituyen una infracción del Ordenamiento jurídico que necesariamente «privará de validez al acto realizado —ya sea actualmente (nulidad), ya sea potencialmente (anulabilidad)—».

Es también, por ello, que, cuando fuese el caso de que la nulidad o invalidez absoluta sea manifiesta, deberá cesar el deber de obediencia. La presunción de validez, y en consecuencia la obligación de cumplimiento inmediata de los mandatos de la Administración, sólo funciona «a partir de unas condiciones mínimas, que, por hipótesis, no reúnen nunca los actos

nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna».

3. La LPC, siguiendo la doctrina más autorizada, ha destacado enérgicamente las características más típicas y las consecuencias más importantes de la acción de nulidad:

Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.

La acción de nulidad que el artículo 102 de la LPC recoge, como consecuencia del carácter de orden público que tiene, es imprescriptible («en cualquier momento»), susceptible de ser declarada de oficio («a iniciativa propia») con eficacia *ex tunc* o declarativa («declararán»); y accesible a cualquier persona o interesado («a solicitud del interesado»).

El carácter general o *erga omnes* de la nulidad absoluta significa que es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta en contra o a favor de cualquiera. Cualquier persona puede instar la nulidad y, aún sin mediación de parte, el juez puede y debe apreciarla *ex officio*.

Es natural que, si compete la acción de nulidad a cualquier persona —y compete siempre que no concurran las que suelen llamarse las mínimas «condiciones externas de legalidad»— también será natural que, en caso de concurrencia de una de las causas de nulidad, exista siempre un fundamento suficiente para liberar a los posibles obligados por los mandatos administrativos del deber de someterse a una obediencia ciega e irresponsable.

4. En fin, dada la gravedad de las consecuencias que derivan de la sanción de nulidad, es también perfectamente comprensible el carácter rigurosamente tasado de los supuestos de nulidad en Derecho administrativo. No es predicable, en efecto, como en el Civil, la nulidad de todos aquellos actos o disposiciones contrarias a las Leyes.

Esta especialidad tiene fácil explicación. La presunción general de validez de los actos administrativos y el consecuente *favor acti*, el reconocimiento legal de su eficacia inmediata, el privilegio de autotutela, inclinan a limitar el uso de la sanción nulidad y aplicar con carácter habitual sólo la de anulabilidad.

En cualquier caso, es lo cierto que tengan las Resoluciones de la Dirección el valor que tengan, sea el de reglamento o de simple orden o instrucción, nunca merecerán, tal como hemos visto, obediencia, si fuese el caso de que adoleciesen de vicios o defectos de nulidad.

5. No la merecen, en efecto, si, de considerarlas reglamentos o disposiciones generales, adoleciesen de los vicios que, según la LPC, determinan su nulidad insanable:

Serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La lisa y llana inaplicación de los reglamentos inconstitucionales o ilegales no es una facultad que corresponda sólo a los jueces. Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «el deber de observancia de la ley de correlativa inaplicación del Reglamento alcanza también —es forzoso repetirlo frente a las creencias habituales— a los mismos funcionarios administrativos. Los funcionarios están vinculados a los reglamentos como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino en cuanto dichos Reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo. No están, pues, obligados a aplicar los Reglamentos ilegales en todo caso, *porque ello supondría reconocer a los Reglamentos un deber de observancia superior a la Ley*. No hay dos ordenamientos jurídicos: uno, el que afecta a los ciudadanos y sancionan los jueces, en que estaría presente el principio de superioridad de la ley; y otro, el que administran los funcionarios, en que esa superioridad no entraría en juego. Es obvio que el Ordenamiento no puede ser más que uno y el mismo; y, por lo tanto, todo lo que hemos dicho de los jueces es, sin más, aplicable a los funcionarios».

6. Otro tanto de lo mismo sucede si se tratase de conceptuar a las resoluciones como órdenes cursadas en ejercicio de poder jerárquico, esto es, como mandatos, órdenes o instrucciones.

Ciertamente aquí la inaplicación juega dentro de límites más estrictos ya que sólo, en algunos supuestos tasados de los que, por lo que aquí interesan, basta citar sólo tres:

Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) *los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional;*
- b) *los que sean constitutivos de una infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;*
- c) *los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

7. Así las cosas, se preguntan GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, ¿cualquier orden que se presente como tal tiene que ser necesariamente cumplida? Y se responden: «la solución es virtualmente idéntica a la que se admite —y ya hemos, antes, considerado detenidamente— cuando se trata de depurar responsabilidades penales».

«No rige (tampoco) aquí el principio de validez absoluta de la orden como condición de exigibilidad, sino sólo (...) (si cumplen con) sus «*condiciones externas de legalidad*» —lo cual, en último extremo, «*debe medirse con las reglas del artículo 62 de la LPC, definitorias de la nulidad de pleno derecho*—».

Y repiten en otra parte: «Si (un determinado) criterio le fuese impuesto al funcionario por una orden jerárquica concreta —o general: una circular de servicio que así lo determine (...)— el funcionario estará obligado a obedecer dicha orden (sólo), *una vez constatadas sus condiciones externas de validez* (...)».

8. No puede ni podía ser de otro modo. Sería, por cierto, inconcebible e inaceptable que los funcionarios, que sepan o sospechen fundadamente de la existencia de la infracción de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, antepusiesen a la Constitución el cumplimiento de las órdenes inconstitucionales de un superior.

Es natural, por ello, que sea precisamente éste uno de los tipos de nulidad absoluta, introducidos en nuestro Derecho una vez promulgada la Constitución.

Los derechos y libertades fundamentales, en efecto, son «principios superiores del ordenamiento, dotados de efectividad inmediata y preferente frente a todos los poderes públicos y, por supuesto, ante la Administración y ante los Tribunales».

9. Es, por ello, obvio que procede la inaplicación por los funcionarios afectados de las Resoluciones de la Dirección cuando, por ejemplo, como pasa, ahora, con frecuencia:

- i) prohíben la notificación a terceros de las calificaciones negativas para que puedan, en los recursos judiciales y administrativos, defender los derechos, ya que pueden resultar perjudicados de forma irreparable (a causa del juego del principio de fe pública registral) por las resoluciones (actos de gravamen con eficacia potencialmente expropiatoria) que se adopten y las inscripciones que, como consecuencia, se practiquen (contra el art. 24 y 25 de la CE);
- ii) dispensan del deber de motivación de actos gravosos para los particulares, incluso terceros que no han participado en el procedimiento en que se dictaron (prohibición de arbitrariedad: art. 14 en relación al 9 de la CE); así sucede en los juicios sobre suficiencia de la representación que hacen los notarios, más todavía cuando los po-

deres han sido revocados y se han ejercido por el poderdante acciones criminales.

Todas ellas son garantías constitucionales que, de ser vulneradas con arreglo al artículo 102 de la LPC y el mismo artículo de la CE, deben determinar la inaplicación de la resolución en que se vulneran y, en su caso, la inmediata denuncia de nulidad ante el superior inmediato para que se proceda, con arreglo a Derecho, a su efectiva declaración.

10. No hay ni puede haber tampoco deber de obediencia cuando el cumplimiento de la resolución provoque la consumación de un delito o facilite su ejecución o el despliegue de sus consecuencias perniciosas.

Repárese en que el artículo 102.1.c) no habla sólo de actos administrativos constitutivos de infracción penal, sino de los dictados como consecuencia de ésta (*fraus omnia corrumpit*).

Resta sólo por decir, con GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, que, para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto por este motivo, «no parece que sea necesario que el Tribunal penal declare que se ha cometido un delito. (...) (La falta de sentencia) no tiene por qué impedir las consecuencias estrictamente administrativas de la acción, si ésta es, en efecto, una acción antijurídica y está tipificada como delito en las Leyes penales».

11. En fin, en cualquier caso *hay también nulidad de pleno derecho* cuando pueda ser el caso que puedan llegar a adquirirse facultades o derechos en virtud de actos, expresos o presuntos, contrarios al ordenamiento jurídico, y falten los requisitos esenciales para su válida adquisición.

Advierte con razón la doctrina autorizada que la generalidad del supuesto obliga a extremar las cautelas y, por tanto, reservar la sanción sólo para aquellos casos no en que falte cualquier requisito, sino, tal como ordena la ley, los verdaderamente esenciales.

Ahora bien si, v.gr., entiende la doctrina, esencial el título académico para el nombramiento de Abogado del Estado (y lo pone como ejemplo), más esencial habrá de considerarse, sin duda, la falta de poder —por revocación, insuficiencia u otra causa— para inscribir una transmisión o la hipoteca posterior.

12. Por último, es fácil defender que los Registradores tienen la condición de «interesados», que exige el artículo 102 de la LPC, para poder plantear el recurso de nulidad:

- i) Desde luego, no cabe abrigar duda sobre la existencia de interés, cuando, de practicar el asiento ordenado, puedan incurrir en responsabilidad criminal sea como cómplices o cooperadores necesarios porque —lo hemos visto— no cabe apreciar la eximente de obediencia debida cuando la resolución, que ordene, pueda considerarse manifiestamente injusta.

- ii) Tampoco cuando la Resolución conculque derechos o libertades susceptibles de amparo; porque, si bien, por un lado, los Registradores pueden ser sometidos a sanción disciplinaria por desobediencia al superior; por otra, deben guardar —y, por tanto, si no lo hacen están incurso también en responsabilidad disciplinaria— fidelidad a la Constitución; y es fácil de decidir cuál, de entre esos dos deberes, en caso de colisión, debe prevalecer (fidelidad, por cierto, es concepto que reclama una conducta e impone un deber mucho más exigente que la simple obediencia).
- iii) En fin, para terminar, y quizá sea esto lo más importante, pueden reclamar la nulidad los Registradores porque no son funcionarios típicos: así resulta del hecho de que, por una parte, respondan directamente de los posibles perjuicios que puedan causar a terceros con sus inscripciones; y, por otra, se les reconozca en ley legitimación para recurrir las Resoluciones de la propia Dirección ante la Jurisdicción Civil, cuando resuelven afectados en sus intereses (y ¡qué mayor interés que el de evitar, ante la imposibilidad de apreciar la oportuna eximente, el riesgo de verse encausados criminalmente o incurso en responsabilidad civil!).

III. EL PRESUNTO CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

1. *Si los pronunciamientos de las Resoluciones pueden ser desobedecidos cuando se da cualquiera de los supuestos prevenidos en el epígrafe anterior, menos podrá vincular todavía su doctrina.* Nuevos argumentos —ahora de alcance más general— contribuyen a pensarlo así.

Ciertamente el artículo 327.7 de la Ley Hipotecaria, reformada por la de impulso a la productividad, dice que son vinculantes para todos los Registradores las Resoluciones de la DGRN:

Publicada en el BOE la Resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los Registradores mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquella, una vez firme, será publicada del mismo modo.

Repárese, sin embargo, en que la vinculación se predica sólo de las Resoluciones, no de su doctrina. De esta última nada nos dice el artículo 327 de la Ley. Según su tenor literal, comprendidas en el mandato de vinculación, están exclusivamente las Resoluciones pero no la doctrina en que se fundamentan.

2. En efecto, una cosa es la resolución que, como es sabido, vincula sólo a las partes (y sus causahabientes), y otra la doctrina, que se expresa en los fundamentos.

Se entiende, por ello, que, cuando el legislador quiere que la doctrina de cualesquiera Resoluciones vincule también en futuros procedimientos —aunque no concurren las identidades procesales, excediendo por consiguiente su marco natural de vinculación— se tome el cuidado de decirlo expresamente, dado el carácter excepcional del efecto que pretende (más todavía si, como en este caso, tratamos con una Dirección General que, como órgano unipersonal, no colegiado, ni siquiera constituye uno de esos Tribunales Administrativos —como los económico-administrativos— que suelen gozar de un estatuto de especial independencia).

3. Una cosa, en resumen, es la vinculación que generan las Resoluciones firmes, cuya extensión a otros procedimientos exige la concurrencia de las tres identidades procesales (personas, cosas y acciones o títulos); y otra su doctrina, que, porque se pretende tenga cierto valor general, parecido al de una norma, exige sólo cierta semejanza de objeto: es decir, cuando quiera utilizarse como criterio para resolver cuestiones de Derecho en otros procedimientos en que se discutan casos semejantes.

Es, por ello, tan importante y significativo que la Ley de «impulso a la productividad» hable sólo y exclusivamente de resolución y no de (su) doctrina; sobre todo, cuando se compara la dicción del precepto que nos ocupa, con aquéllas de la que se sirven otras disposiciones legales que buscan ese resultado —resultado que aquí, por lo demás, quiere extraerse simplemente por interpretación y, encima, *contra litterae*—.

4. Expresamente, por ejemplo, distinguen la resolución y su fallo, de la doctrina o la interpretación en que se apoya, cuando se quiere que tengan estas últimas fuerza vinculante general, los preceptos de las siguientes leyes:

- i) En primer lugar, el artículo 5 de la LOPI, que expresamente las distingue, cuando dispone que Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán leyes y reglamentos conforme a la *interpretación* que resulte de las *Resoluciones* dictadas por el TC en todo tipo de procesos.
- ii) En el mismo sentido, también, se pronuncia el artículo 1.7 del Código Civil: la jurisprudencia es fuente del derecho, y sirve por tanto para justificar futuras decisiones, porque expresamente diferencia el precepto la interpretación del TS de las sentencias o resoluciones que la incorporan.
- iii) Separación tajante entre la sentencia y la doctrina o jurisprudencia que la fundamenta, la podemos encontrar también en los artículos 477.3 y 493 de la nueva LEC.
- iv) Distinguen, con total claridad, la «sentencia» de la «jurisprudencia» o «doctrina» en que se apoya: los artículos 88.d) (recurso de casa-

ción); 96 (recurso para la unificación de doctrina), y 100 (recurso en interés de la ley), todos de la LJCA.

En todos estos casos —y otros muchos que se podrían traer a cuento— cuando se quiere que la interpretación o doctrina de las Resoluciones produzca algún efecto vinculante, sea éste de la naturaleza que fuere, se dispone así expresamente por el precepto (e incluso, en algunos supuestos, ordenando, para su mejor constancia, que se incorpore la doctrina fijada en el mismo fallo).

5. Cabría entonces preguntar, si no sirve para generalizar la doctrina, cuál sería el ámbito de la vinculación de que nos habla el artículo 327.11 de la Ley Hipotecaria.

Es mérito de V. GUILARTE, el haber desentrañado el que, sin duda, es el verdadero sentido del precepto. Llama la atención, *este singular civilista, sobre el hecho de que la norma reconozca carácter vinculante, para todos los Registradores, exclusivamente, a las Resoluciones revocatorias de la calificación.*

Es evidente que, si lo que estuviese en juego fuese el carácter vinculante de la doctrina de las Resoluciones y no el de estas mismas, no se entendería por qué habría que reconocérselo sólo a la de las resoluciones estimatorias y no también a la de las desestimatorias.

Esta diferenciación legal obliga, aunque sólo fuese por esa razón, a concluir que no se trata, aquí, para nada, de la cuestión de eficacia vinculante de la doctrina, sino del carácter vinculante del fallo de esas Resoluciones.

El precepto se encarga de advertir simplemente que unas Resoluciones (las revocatorias) —no su doctrina— son vinculantes; y otras (las confirmatorias), en cambio, no lo son. La pregunta, entonces, es por qué existe esta diferencia, y la respuesta es tan comprensible, sencilla y coherente, que aclara definitivamente la cuestión.

6. Los fallos de las revocatorias (o estimatorias), en efecto, porque obligan al Registrador a practicar el asiento —y en consecuencia, a realizar todos los actos posteriores para que la inscripción se produzca— le vinculan porque le imponen un deber nuevo, que tienen que cumplir (la práctica del asiento) para satisfacer la pretensión del recurrente ganador.

Los fallos de las confirmatorias (o desestimatorias), al contrario, nada añaden a la calificación denegatoria y, por ello, no generan vinculación o deber alguno para los Registradores porque se limitan a confirmar su decisión de no practicar el asiento; ahora bien, si no hay nada que hacer, tampoco habrá deber que cumplir, por lo que no puede surgir (no hay necesidad de que nazca) vinculación alguna.

7. En resumen, la única innovación de la ley consiste en que, al contrario de lo que venía siendo, hasta ahora, práctica habitual, los interesados en la inscripción de un mismo documento —que comprenda fincas situadas

en distintos Registros— no tienen que vencer la oposición de todos y cada uno de los Registradores con que se vayan topando: les basta con doblegar sólo la de uno de ellos, tal como ya sostuvo, en su día, el magistrado PÉREZ MORATE.

IV. LAS RESOLUCIONES NI SON REGLAMENTOS NI CIRCULARES

1. A la misma conclusión se llega si se reflexiona o razona sobre la pretendida eficacia vinculante desde los principios recogidos en nuestra Constitución.

Las Resoluciones de la DGRN no son ni por tanto pueden tener valor de reglamentos. La potestad reglamentaria acaba en el escalón de ministro, ya que la forma mínima que admiten, según la misma Constitución, es la de orden ministerial.

En efecto, la potestad reglamentaria, según el artículo 97 de la CE, pertenece sólo al Gobierno. La LOFAGE, en su artículo 12.2.a), en una interpretación generosa de la CE, habilita a los Ministros para «ejercer la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica»; pero, quede bien claro, sólo a los Ministros, no a los Directores Generales, que no forman parte del Gobierno. Concluir otra cosa conculcaría el artículo 97 de la CE.

2. Las Resoluciones, dictadas para casos concretos, no pueden tener tampoco valor de circulares o instrucciones de servicios. Las instrucciones no son reglamentos sino órdenes, y se dictan en uso de los poderes que derivan del principio de jerarquía administrativa.

No es momento de discutir esta premisa. Lo cierto, en todo caso, es que la ley no le reconoce esa condición por ningún sitio y habría que extraerla por interpretación.

Una interpretación ciertamente difícil de mantener porque las circulares «hipotecarias», exigen, como ha puesto de relieve Concha BARRERO, su propio procedimiento —y tienen su régimen específico de recursos—, como resulta del artículo 103 de la Ley 24/2001, que regula un tipo de ellas, que está a la espera de desarrollo reglamentario.

3. Ahora bien, si no son reglamentos ni circulares, habría que reconocerles, como mucho, cuando se intenten aplicar para resolver otros casos, un valor semejante al de los precedentes.

Ahora bien, esos precedentes de poco sirven, desde luego en materia civil, ante la doctrina del TS, que, en cambio, sí es jurisprudencia (art. 1.7 del Código Civil); ni ante las sentencias anulatorias de los jueces y Audiencias —publicadas en el BOE: art. 327.10 de la Ley Hipotecaria— cuando, en juicio verbal, se resuelvan las impugnaciones presentadas contra las Resoluciones de la DGRN.

Carecen, incluso, de todo valor, mientras están siendo impugnadas, en tanto no resuelvan los Tribunales. En efecto, si, mientras dure el juicio verbal, no obligan al registrador, cuya calificación se recurre, mucho menos podrán afectar a los demás (arg.: art. 66.3 de la Ley Hipotecaria reformada por la Ley de impulso a la productividad). Así lo ha entendido la Audiencia de Barcelona en una sentencia modélica de 22 de enero de 2008:

Lo que a derechos civiles se refiere, no puede estar subordinado a la autoridad del Orden administrativo, principio de salvaguardia judicial que acoge el artículo 1 LH, y por tanto la doctrina de la DGRN no puede ser de superior rango que la jurisprudencia dictada por la Sala 1.ª del TS, por lo cual si el asunto de fondo debatido se encuentra pendiente de resolución por los Tribunales (...) hasta tanto no se pronuncien definitivamente, su vinculación no resulta pertinente.

4. Una vez firmes, también es escasa la fuerza que se puede y debe reconocerles porque escasa es, como ha recordado REQUEJO PAGES, la fuerza de los precedentes en nuestro Derecho.

El Tribunal Constitucional ha destacado reiteradamente que la «realización del principio de igualdad en la aplicación (...) de las normas no se asegura mediante la atribución de un valor vinculante al precedente sino a través de la obligada motivación de cada (sentencia) (...).

Ello explica que el TC dé por buena cualquier desviación del precedente que responda a un cambio de criterio «que pueda reconocerse como tal» (STC 66/1987, FJ 4.º). Y que «para aceptar tal cambio de criterio, el Tribunal (Constitucional) únicamente exige que el órgano “aporte la correspondiente justificación” o, que, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su base en un efectivo cambio de criterio interpretativo» (STC 185/1988, FJ 4.º).

V. LA INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES HECHAS POR REPRESENTANTES CON PODERES REVOCADOS

1. Hay que partir aquí de un principio muy claro que está recogido en el artículo 1.214 del Código Civil. Corresponde la prueba de los hechos constitutivos de las transmisiones o adquisiciones, realizadas a través de representante al que pretende el asiento. Por tanto, el que quiere inscribir tiene que probar, como quiere GORDILLO, la existencia, suficiencia y *subsistencia* de la representación.

En los casos de las Resoluciones que nos están ocupando, era evidente que la subsistencia no podía probarse nunca, por la sencilla razón de que, cuando se otorgó el documento, no existía ya la representación.

En efecto, los poderes habían sido revocados, la revocación inscrita en el Registro Mercantil; la inscripción publicada en el *BORNE*; y además, por si quedaban dudas, la escritura de revocación inscrita presentada a tiempo —antes de la inscripción de las transmisiones realizadas por el falso representante— en el Registro de la Propiedad.

A pesar de todo ello, tratan de amparar, las Resoluciones, su decisión en el artículo 1.738 del Código que literalmente dice:

Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros, que hayan contratado con él de buena fe.

2. Ahora bien, una cosa es la protección que la ley dispensa y otra la prueba de los requisitos a que se condiciona. Es decir, *una cosa es que el Derecho proteja a los que adquieren de buena fe de un representante con poder extinguido; y otra que la ley presuma esa buena fe* (presuntio iuris).

Lo cierto es que no hay precepto alguno que así lo disponga y que, por tanto, obligue a presumir la creencia de buena fe en la subsistencia de la representación de los que adquieren de un apoderado con poder extinguido (arts. 1.734 y 1.738 del Código Civil).

En efecto, siempre que el legislador presume de la buena fe, lo dice expresamente (cfr. arts. 79 y 433 del Código Civil; 57 del Código de Comercio; y 19.1 de la Ley Cambiaria). Las presunciones de derecho, efectivamente, no se presumen (art. 1.251 en relación al 1.253 del Código Civil).

3. Ahora bien, como la buena fe de los terceros adquirentes no es más que un requisito del supuesto de hecho de la apariencia, estamos ante un hecho constitutivo que debe probar el que se beneficia de ella.

No cabe considerar, en este caso, que, en lugar de ser la buena fe un hecho constitutivo, se tenga sólo a la mala fe por un hecho impeditivo, que obsta a la eficacia de un supuesto de hecho —la apariencia— en principio correctamente formado.

En este sentido lleva razón GORDILLO cuando señala que no es que la apariencia opere como un supuesto de hecho intrínseca y autónomamente legítima, cuyo único obstáculo sea el acto secundario de la mala fe del tercero.

Ahora bien, si, como quiere este autor, la buena fe es un hecho constitutivo, en principio, quien alegue esa buena fe debe probarla, con arreglo a la regla general que rige la carga de la prueba: *incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (art. 1.214 del Código Civil).

4. Si no hay, por tanto, una presunción de buena fe, dispuesta por el legislador en beneficio de los terceros que contratan con apoderado cuyo poder esté extinguido, resta sólo por examinar si sería posible, en estos casos, apreciar una presunción de hecho.

Para apreciar una presunción de hecho (*presumptio facti*) —que es lo que hace la Dirección cuando deduce la subsistencia del poder de su ejercicio sin reserva (comportamiento tácito) por el representante— es preciso encontrar un enlace *preciso y directo* entre el hecho probado y el deducido, según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1.253 del Código Civil).

El desconocimiento por los adquirentes de cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato y, por tanto, la creencia de buena fe en la vigencia del poder, es un hecho interno que algunos pretenden presumir de hecho, siempre que mediase una afirmación del apoderado en este sentido (bajo pena de falsedad en documento público), que permitiese sustentar tan oportuna deducción.

La doctrina autorizada, sin embargo, lo niega. Así el mismo GORDILLO, que se ha ocupado detenidamente de la cuestión, afirma: «tal buena fe debe descansar en una base *objetiva* de apariencia (por lo que) no basta con dar fe a la sola palabra del pretendido mandatario» —cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, 2 (1991), pág. 1597—.

5. Con ello, este autor no hace otra cosa, por cierto, que seguir el sentir unánime de la doctrina alemana que, a su vez, se basa en el parágrafo 173 del BGB. Dice, en efecto, el susodicho parágrafo:

Las disposiciones del parágrafo 170, del 171.2 y del 172.2 (equivalentes hasta cierto punto a nuestros 1.734 y 1.738 del Código Civil), no se aplican si el tercero, al celebrar el negocio jurídico, conocía O DEBÍA conocer la extinción del poder de representación.

Ya LARENZ, en ese mismo sentido, había sostenido que, «para que la buena fe pueda ser apreciada, es necesario que el tercero confíe en la apariencia, creada frente a él, de la existencia o la perduración del poder y que, además, le sea lícito confiar en ello *sin negligencia por su parte* (parágrafo 173 BGB)».

Estamos, por tanto, ante un principio de regulación, un lugar común, que, como cabía esperar, ha acabado por ser recibido, en nuestro Derecho —concretamente en el supuesto de que una letra de cambio sea adquirida por medio de representante (véase el art. 10 de la Ley Cambiaria)—, aunque ciertamente con mucha cautela. En efecto, la protección se concede, siempre que no concurra negligencia, en el caso de representación del adquirente, pero no del disponente porque, en este caso, sin excepción, prevalecen siempre los intereses del poderdante.

6. Es por esta razón (por que existe culpa o negligencia) por la que, cuando de comerciantes se trata, la presunción de buena fe —que sí es, en cambio, un principio general del Derecho Mercantil— de nada sirve frente a la fuerza o eficacia general de la publicidad (contraria) de los asientos del Registro. Así resulta, con carácter general, de nuestro mismo Código Civil cuando expresamente dispone:

Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior *entre los mismos interesados, SÓLO PRODUCEN EFECTO CONTRA TERCEROS* cuando el contenido de aquéllas hubiese sido *ANOTADO EN EL REGISTRO PÚBLICO competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero*.

Es decir, las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior como, por ejemplo, las de revocación o renuncia de poder, producen efectos frente a TERCEROS desde el momento que el contenido de aquéllas fue anotado en el Registro Público correspondiente (art. 1.219 del Código Civil).

En consecuencia, los que adquieren de un apoderado nunca estarán protegidos, por la presunción de integridad del documento de poder, frente a posibles revocaciones o extinciones inscritas en el Registro Mercantil (el citado art. 1.219 del Código Civil ha sido expresamente reforzado por el nuevo 17 bis de la Ley del Notariado, que salva lo dispuesto «en otras leyes»).

Esta doctrina, por lo que se refiere a los poderes mercantiles, está expresa y terminantemente acogida en el artículo 291 del Código de Comercio:

Los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos, respecto (...) a terceros, mientras no se haya cumplido en cuanto a la revocación de los poderes, lo prescrito en el número 6 del artículo 21 (hoy derogado, en que se ordenaba la inscripción de la revocación en el Registro Mercantil).

7. Por lo demás, en perfecta armonía con ello, la Ley de Impulso a la Productividad, frente a la que de nada vale la jurisprudencia anterior, *sólo prohíbe al Registrador reclamar los documentos de que nace la representación*, pero para nada impide que lo haga con los que la modifiquen o extingan:

El Registrador limitará su calificación (...) sin que el Registrador pueda solicitar que se transcriba o acompañe el documento del que NACE la representación.

Es más, hay un mandato constitucional de eficacia, y por tanto celeridad, que vincula a todas las Administraciones Públicas y les impide reclamar los documentos —sobre todo si fueron alegados por la parte para fundar su derecho— cuando ya los tienen en su poder o pueden procurárselos por sí mismas.

En este sentido, la nueva Ley de Impulso a la Productividad permite a todos los empleados públicos, y por tanto a los Registradores, en cumplimiento de sus funciones, acceder a los datos de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

8. En cualquier caso, parece claro que nunca podría reconocerse la buena fe de ex-apoderados y quienes contratan con ellos si la revocación o extinción de los poderes fueron publicadas por el *BORNE*.

En efecto, las inscripciones del Registro Mercantil (declarativas de derechos *erga omnes*), desde que se publican en el *BORNE*, hay que estimarlas, por mandato legal, conocidas por todos.

Es, por ello, que tienen que tenerse en cuenta, en primer lugar, por los funcionarios del Estado, en particular, y todos, en general, tal como pasa con las leyes, las disposiciones y actos administrativos publicados en el *BOE* (para el efecto notificativo de las publicaciones, confrontar lo dispuesto en el art. 59.4 y 5 de la LRJAEPAC):

La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus MISMOS EFECTOS:

- a) *cuando el acto tenga por destinatarios una pluralidad de personas (...).*

9. A la misma conclusión se llega si se examina la cuestión desde el ángulo de la notoriedad de los datos publicados en el *BORNE*. Parece obvio que, como mínimo, la publicación en el *BORNE* tiene que hacer notorios los datos que se recojan en sus ediciones diarias.

Hoy la nueva LEC expresamente excluye de prueba de los «hechos que gocen de notoriedad absoluta y general», y qué mayor notoriedad que la que resulta de la publicación en un periódico oficial, pagado por el Estado, de obligatoria recepción en las oficinas públicas y accesible a todo el mundo.

10. En resumen, no parece que quepa duda de que, por disposición de ley, los actos de las Administraciones (y las inscripciones son actos de una Administración) publicadas en el *BOE* (y los efectos del *BORNE* son iguales a los del *BOE*) producen frente a todos el efecto de cognoscibilidad legal que se reconoce a las notificaciones formales y los hechos notorios.

Por lo que no pueden ser desconocidas por nadie y menos, claro está, por los funcionarios de ese mismo Estado (que organiza y financia la publicidad del Boletín).

OBRAS CITADAS

- C. BARRERO, *La defensa de los interesados en los procedimientos registrales* (2005).
E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I (2000).
— *Curso de Derecho Administrativo*, II (2001).
Juan Luis REQUEJO PAGES, «Juridicidad, precedente y jurisprudencia», en UNIVERSIDAD DE OVIEDO, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto* (1993).
A. GORDILLO CAÑAS, *Comentario al artículo 1.738 del Código Civil* (1991).

- V. GUILARTE, *El efecto vinculante de las Resoluciones singulares de la Dirección General de los Registros* (2006).
- G. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (2000).
- G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (2002).
- K. LARENZ, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica* (1985).
- ENNECERUS, *Tratado de Derecho Civil. Apéndice. Código Civil alemán* (trad. C. MELÓN) (1955).

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL

La fuerza vinculante de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no puede alcanzar, desaparecida la eximente de obediencia debida, a los casos en que su ejecución o cumplimiento pueda hacer incurrir al Registrador en responsabilidad criminal al poder estimarse un supuesto de cooperación necesaria para la comisión de un delito. El presente trabajo, a partir de este caso excepcional, se eleva a un planteamiento más general con la intención de encontrar las claves que permitan decidir, ateniéndose al Derecho positivo, cuándo cesa la fuerza vinculante de las «Resoluciones» de la citada Dirección (un organismo administrativo al fin y al cabo), y hasta qué punto puede reconocerse a su «doctrina». Porque una cosa es, en efecto, la eficacia vinculante de la resolución y otra de la doctrina que la fundamenta. Termina, por último, el presente estudio, analizando la admisibilidad, todavía pendiente de decisión por los Tribunales, de la inscripción de la venta realizada por representantes, cuyo poderes han sido revocados, cuando las escrituras de revocación han sido inscrita en el Registro Mercantil y publicadas en el BORNE.

ABSTRACT

REGISTRAR'S SCRUTINY

The binding force of the decisions of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs cannot, once the excusing circumstance of due obedience has disappeared, reach cases in which enforcement of or compliance with said decisions may force a registrar to incur criminal liability, in events where the judicial authorities might hold the registrar's cooperation to be necessary for the commission of a crime. This paper begins with this case, which is an exceptional one, and goes on to forge a more general approach, with the intention of discovering the keys for deciding when, under positive law, the binding force of the «decisions» of the aforesaid Directorate-General (an administrative body, after all) dissolves and to what extent the DG's «doctrine» may be recognised. Because a decision is one thing, and the doctrine underlying the decision, quite another. Lastly, this study concludes with an analysis of the admissibility (still pending judicial resolution) of the registration of a sale made by representatives whose powers have been revoked, when the deeds of revocation have been entered in the mercantile registry and published in the BORNE.

(Trabajo recibido el 02-01-08 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

Capacidad de testar e hipoacusia del testador

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

Doctora en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA.

SORDERA Y CAPACIDAD DEL TESTADOR.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 663.2 de nuestro Código Civil establece la incapacidad para testar del que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

Este precepto ha suscitado abundante polémica y plantea muchas interrogantes.

El Derecho es una Ciencia que ha de servirse, inevitablemente, de otras Ciencias. Así, la Medicina, por ejemplo, que no es una Ciencia Exacta, pero que, en muchas ocasiones, interrelaciona con las normas del Ordenamiento Jurídico.

La Psicología y la Psiquiatría son otras Ciencias de las que el Ordenamiento Jurídico ha de emplear en muchos supuestos.

Pero, lógicamente, esta interrelación presenta algunos problemas, ya que los juristas no somos especialistas en Medicina, ni en Psiquiatría ni en Psicología, ni conocemos todos los conceptos científicos que pueden verse interconexiónados con los jurídicos.

De ahí que el Abogado, el Juez, el Notario, deban, en determinados supuestos, echar mano del bagaje conceptual médico, pero con las consiguientes dificultades.

En concreto, y por lo que respecta a este estudio, voy a destacar un tema que me parece sumamente interesante: ¿puede una persona que padece sordera hacer testamento? O, por el contrario, esa minusvalía está inmersa en el contenido del artículo que he citado anteriormente, el artículo 663.2 del Código Civil?

SORDERA Y CAPACIDAD DEL TESTADOR

En primer lugar, hay que resaltar que existen, actualmente, en nuestro país, muy pocas resoluciones judiciales que traten este complejo y delicado tema.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la sordera puede ser estudiada desde el punto de vista médico,

En este último sentido, cabe realizar una definición de esta patología, expresando que es la dificultad o la imposibilidad de usar el sentido del oído, debido a una pérdida de la capacidad auditiva parcial (hipoacusia), o total (cofosis), y unilateral o bilateral.

Sus causas pueden estar en un rasgo hereditario, o ser consecuencia de una enfermedad, traumatismo, exposición a largo plazo al ruido, o medicamentos agresivos para el nervio auditivo.

Iniciendo ya en los aspectos propiamente jurídicos, analicemos, como primera cuestión, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 de octubre de 2003, entró a resolver esta problemática. La sentencia de instancia partió de establecer que la parte actora ejercitó acción, solicitando se declarasen nulos los testamentos de sus progenitores, y que se declarase la nulidad de la institución de herederas en cuanto perjudicaban su legítima y, no existiendo legados, se abriese la sucesión abintestato.

La parte demandante solicitó se declarase sentencia declarando la nulidad de los testamentos por falta absoluta de consentimiento, entre otros motivos que alega.

Se resolvió que los testamentos reunían, desde el punto de vista formal, los requisitos del Código Civil y que el fedatario protocolizó los mismos sin advertir falta de capacidad para testar en los otorgantes.

De la prueba practicada se vio que los consortes tenían perfectas sus capacidades mentales y volitivas, y el hecho del padecimiento de sordera, como causa de incapacidad para testar, no le impedía a D. A. (el progenitor) relacionarse, acudir al médico o realizar las compras para su manutención.

En apelación, se solicitó la nulidad del testamento, ya que se alegaba que, de las pruebas practicadas, quedaba demostrada la sordera aguda que el testador padecía.

Los Fundamentos Jurídicos de la sentencia esclarecen la cuestión que está siendo objeto de análisis, en el sentido de establecer una doctrina que sea aplicable a estos supuestos en los que el testador padece una patología, bastante frecuente, por cierto, como lo es la sordera (sea aguda o no).

Efectivamente, la sentencia cita el artículo 685 del Código Civil: «El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar...»

«Y que del mismo se puede inferir, ciertamente, que el carácter eminentemente formalista de las disposiciones testamentarias, exigido por el mismo Código Civil y en relación con el artículo 687 del mismo cuerpo legal, no permite a las partes sobrepasar o no llegar a tales exigencias formalistas, de aquí que en el presente supuesto de un estudio detallado de los testamentos obrantes en autos se considera, de conformidad con lo resuelto por la Juzgadora de Instancia, que se han cumplido las formalidades legales, en cuanto que, si bien el Notario autorizante podría no haber conocido a los testadores, cuestión de desconocimiento que no ha quedado acreditada en autos, siendo meras presunciones alegadas por las partes apelantes, lo bien cierto es que no necesariamente el conocimiento de los otorgantes para el Notario debía ser a través de los testigos, sino como el propio precepto establece también podría llegar al conocimiento a través de “documentos expedidos por autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas”, documento que consta reflejado en los mismos.

La sentencia, a partir de este momento, entra a resolver la problemática planteada —por lo que al tema en estudio interesa— por la sordera que padecía uno de los testadores. Se hace constar, efectivamente, que, del resultado de las pruebas practicadas, D. F., padecía esta patología. Pero esta enfermedad —pérdida de la capacidad auditiva—, tal como afirma la sentencia, no impide u obstaculiza, de alguna forma, la capacidad para testar, tal como en otras sentencias, como la dictada el 8 de marzo de 2001, se ha establecido claramente.

Declara la sentencia que se plantea la duda de la capacidad, afirmando, a un tiempo, que es causa de incapacidad para testar el no hallarse el testador en su cabal juicio —art. 663.2.º del Código Civil—, al tiempo de otorgar el testamento, con cita de los artículos 664 y 666 del mencionado cuerpo legal. La doctrina sostenida a este respecto es la siguiente: En primer lugar, la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de los propios actos.

En segundo lugar, esta tesis o doctrina no basta apoyarla en meras presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de Derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte, con cita de la sentencia de 25 de octubre de 1928.

En tercer lugar, afirma la sentencia que ni la enfermedad, ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar, siempre que el enfermo mantenga, o recobre, la integridad de sus facultades intelectuales, o el demente tiene un momento lúcido, con referencia expresa a la sentencia de 18 de abril de 1916.

La sentencia se hace eco, asimismo, de la doctrina sentada, hasta el momento, por nuestros Tribunales de Justicia, afirmando:

1.º La edad senil del testador es, por sí sola, insuficiente para considerarle incapaz. Se pone el ejemplo, en este sentido, de un anciano decrepito y achacoso. Ni el Derecho, ni la Medicina consienten, por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, que se haya de considerar demente a esa persona, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho, tal como estableció explícitamente la sentencia de 25 de noviembre de 1928.

2.º Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos no supone, en sí mismo, incapacidad, siempre que éstos no afecten a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón.

3.º No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, siempre que el testamento se haya otorgado en estado de cabal juicio, según testimonio del fedatario autorizante y los testigos, en su caso (sentencia de 28 de diciembre de 1918).

4.º La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, tal como declaró la sentencia de 1 de febrero de 1956, pues a toda persona debe reputársela en su cabal juicio, como atributo normal del ser, según la sentencia de 25 de abril de 1959. En consecuencia, por lo que se refiere a la capacidad de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa», muy cumplida y convincente, de fuerza inequívoca, cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto, pues, ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la Ley requiere y

consagra la Jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración, según las sentencias de 8 de mayo de 1922, 10 de abril de 1944, 16 de febrero de 1945, 20 de febrero de 1975 y 23 de marzo de 1944, respectivamente.

5.º La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria. La aseveración notarial de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente», en vía judicial, su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción *iuris tantum*» que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario, según las sentencias de 23 de marzo de 1894, 22 de enero de 1913, 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945.

6.º La intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere o estima oportuno, para asegurarse de la capacidad del testador, ya que el artículo 665 del Código Civil no es aplicable al supuesto de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado, tal como declaró la sentencia de 27 de junio de 1908.

En el supuesto concreto que analizo, habría que plantearse si la sordera es una patología que incide, de alguna forma, en la capacidad del testador.

Desde mi punto de vista no hay razón alguna para pensar en una falta de capacidad del otorgante que padece sordera.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 23 de febrero de 2004, entró también a resolver esta cuestión. La sentencia de instancia declaró no haber lugar a la nulidad del testamento solicitada. La Audiencia, en sus Fundamentos Jurídicos, entra a valorar el *thema decidendi*, afirmando que «no obstante lo expuesto y respecto a los razonamientos que contiene este motivo, al igual que los dos restantes, tienen por objeto discutir la valoración de la prueba llevada a cabo por la Juez de Instancia, por lo que el recurso presenta un aspecto eminentemente fáctico, debiéndose por tanto dar por reproducidas las acertadas citas jurisprudenciales realizadas por la Juez de Instancia en el Fundamento tercero de la Resolución recurrida, a las que cabe añadir lo que al respecto señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2001, en relación con la exigencia de acreditación de la prueba de la incapacidad, su alcance y la relevancia de la actuación notarial: “La sentencia recurrida sienta la conclusión de que la prueba pericial y conjunto probatorio, incluidos los informes hospitalarios, no resultaban suficientes ni estaban dotados de la contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad

para testar y que a modo de declaración general contiene el artículo 662 del Código Civil, que ha de relacionarse con el artículo 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio y con el 664 que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200" (sentencia de 19-9-1998), es decir, no sólo aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resultan afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficiente y concluyentemente acreditada (sentencias de 26-9-1988; 22-6 y 26-12-1992; 10-2 y 8-6-1994; 27-11-1995 y 18-5-1998), por tratarse de presunción *iuris tantum* que se ajusta a la idea tradicional de *favor testamenti*, debiendo atenderse, para apreciar la concurrencia de capacidad testadora, al momento de otorgarse el testamento, conforme al mandato del artículo 666».

«La insania mental, dice la sentencia de 8-6-1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas, así como los datos hospitalarios. Los preceptos 662, 666.2 y 666 no resultan infringidos».

Esta sentencia elabora una doctrina importante respecto al tema que está siendo objeto de análisis, en el sentido de poner de manifiesto que una cosa es la insania mental, y otra muy distinta lo es el padecer una patología, consistente en sordera, que, a todas luces, no incapacita para testar, al no perverse como tal en nuestro Código Civil.

El Fundamento Jurídico cuarto de esta interesante sentencia se reafirmó en la tesis, ya citada, en el sentido de la inaplicación del artículo 663 del Código Civil, por valoración errónea de la prueba, porque la parte actora no hace sino una interpretación propia y evidentemente interesada de la prueba llevada a cabo, que choca con la interpretación objetiva y ponderada que efectúa la Juzgadora de Instancia.

En este sentido, afirma la sentencia que «respecto de la prueba testifical, y tras el nuevo examen del acta videográfica, debemos compartir el criterio de la juez *a quo* en el sentido de que ninguno de los testigos ha podido afirmar que la testadora estuviese incapacitada para otorgar testamento, ya porque no estuviese en su sano juicio, ya porque tuviese taras físicas que la impidiesen conocer o comprender los actos que realizaba. De hecho la prueba practicada incide en el extremo contrario, esto es, a estimar que con la actora se podía entablar contacto y que ésta no estaba aislada completamente del mundo exterior, como pretende el demandante. Por otra parte, los mismos hechos acreditan esta situación, pues de ser cierto que este aislamiento del exterior era completo y que, por tanto, la fallecida era incapaz de valerse por sí misma en todo momento habría requerido de asistencia externa

permanente para desarrollar su vida, lo que no era así, puesto que la testigo que ha declarado y que trabajaba como asistente acudía dos días por semana, lo que supone que durante los otros cinco la finada era capaz de valerse por sí misma, extremo incompatible con el estado que manifiesta el demandante.

En todo caso, se advierte que en estos casos la prueba esencial, más que las testificales, prestadas por personas legas en medicina y que por tanto sólo pueden emitir impresiones subjetivas y, por tanto relativas, serán las periciales médicas que permitiesen determinar el estado mental de la testadora en el momento de otorgar testamento. Dos han sido los peritos en esta causa. En cuanto al de la demandada, la recurrente combate su pericial, sin que ello tenga relevancia alguna, puesto que la juez de instancia no la tiene en cuenta, precisamente al haber sido elaborada *a posteriori* y sin conocimiento de la fallecida. La otra pericial es la realizada por el médico de cabecera de la fallecida, también de Villacastín y respecto del que la Jueza de instancia plantea dudas en cuanto a su imparcialidad. Examinado el informe, esta Sala no puede sino compartir las cautelas de la Jueza de primera instancia.

Efectivamente, y sin negar la existencia de las enfermedades o degeneraciones que define en su informe médico, de lo que cabe dudar, y que lleva a poner en entredicho su imparcialidad, son las conclusiones personales a las que llega tras esta diagnosis, pues efectivamente no parece muy lógico atribuir una merma en las facultades psíquicas y en la pérdida de memoria de la paciente por el hecho de padecer gonartrosis en las rodillas o tener una patología renal. En resumidas cuentas, de todas las patologías de la fallecida, las únicas relevantes para el otorgamiento del testamento eran su sordera y su degeneración macular, sin que conste que ninguna de ellas le afectase a su capacidad de raciocinio ni de volición. Por lo tanto, la incapacidad de la testadora se plantea en el nivel meramente físico, esto es, de estar incapacitada para oír lo que se le dice y de ver lo que se le exhibe.

Si bien es cierto que el perito insiste en que esta sordera y ceguera eran totales, lo cierto es que, interrogado por la parte contraria, matiza en cierto modo sus afirmaciones, admitiendo que podía tener cierta visión lateral y que la hipoacusia podría corregirse de forma quirúrgica o protésica, estando acreditado que la fallecida poseía un audífono. Esta pericial resulta, por tanto, insuficiente para dar por acreditado el total aislamiento de la testadora del mundo exterior y, por tanto, su imposibilidad de entender (o ver) el acto que realizaba.

Y que esa incapacidad no era completa viene determinado tanto por la testifical a que antes nos hemos referido, como por la declaración de la Notaria que ha comparecido como testigo, que tras describir su forma de trabajo desmiente que hubiera podido autorizar el otorgamiento de testamento abierto si la testadora no hubiese entendido el acto que realizaba y si hubiese sospechado la existencia de incapacidad en la misma...».

Como puede observarse, a través del estudio de las sentencias citadas, la sordera, en cuanto patología, no incapacita para otorgar testamento.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 1930, entró a resolver, asimismo, la capacidad para disponer por testamento, en un supuesto en el que, precisamente, el testador padecía de sordera. Los Considerandos de esta sentencia pusieron de relieve que «por lo que se refiere al tercero y último motivo del recurso, que tampoco puede prosperar la supuesta infracción del artículo 697 del Código Civil, porque la apreciación de la mayor o menor sordera del testador es una cuestión de hecho que tenían que saber los testigos del testamento, que nada dijeron acerca de ella, y además de la privativa competencia del Tribunal de Instancia, el cual la ha apreciado en sentido negativo en el séptimo de los Considerandos de la sentencia del Juez, que fue aceptado por la Audiencia y, por tanto, falta la base esencial para que pueda estimarse si el testador era habitualmente más o menos sordo de oído o enteramente sordo como exige el artículo 697, adverbio con el cual se ha querido denotar al que es sordo en absoluto en el momento de otorgar su última disposición testamentaria, *sin que las afecciones de esa clase más o menos parciales o acentuadas y de relativa permanencia por causa accidental y pasajera puedan equipararse a lo requerido por la ley para exigir mayores requisitos de forma intrínseca que garanticen la validez del testamento, porque esta clase de preceptos es preciso interpretarlos como prohibitivos en forma restrictiva*».

La sordera, en cuanto patología, y tal como ha quedado suficientemente aclarado a lo largo del contenido de las sentencias examinadas, no supone, en modo alguno, incapacidad de testar para la persona afectada.

RESUMEN

TESTAMENTO

Entre las incapacidades o, por mejor decir, las minusvalías de carácter físico de la persona, hemos de enmarcar la hipoacusia, o sordera, en términos más vulgares y conocidos, que es un factor a tener en cuenta cuando la persona afectada por esa deficiencia física desea hacer su testamento, disponer de sus bienes, de su patrimonio.

¿Está considerada la hipoacusia incapacitante para testar? Sabemos que las personas que no se encuentran en su cabal juicio no pueden hacer testamento,

ABSTRACT

WILL

One of the physical disabilities, or, to use a better phrase, the physical handicaps a person can have is hypoacusis, or, in more common, better-known terms, deafness. This is a factor to take into account when a person affected by this physical drawback wishes to make a will, to dispose of his or her assets, his or her estate.

Is hypoacusis considered grounds for incapacity to make a will? We know that persons who are not in their right mind cannot make a will, according to the

según el Código Civil. Pero la hipoacusia poco o nada tiene que ver con no encontrarse una persona en su cabal juicio. En consecuencia, estamos ante un dilema, un conflicto que ha de resolverse y que, a mi juicio, se resolverá atendiendo siempre al estado mental de la persona y no a su deficiencia sensorial. Poca es la Jurisprudencia que he podido consultar sobre el tema, porque hay escasas sentencias dedicadas a éste. Y, sin embargo, es un hecho bastante frecuente que las personas, sobre todo las mayores, pierden audición y llegan incluso a perder el contacto con el mundo que les rodea precisamente por esta causa. De ahí la importancia de tratar este tema.

Civil Code. But hypoacusis has little or nothing to do with not being in one's right mind. Consequently, we stand before a dilemma, a conflict that must be settled and that, in the author's opinion, shall be settled always with a view to the person's mental state rather than the persons' sensory deficiency. There is little jurisprudence the author has been able to consult, because there are few rulings concerning this matter. And nevertheless it is rather frequent for people, especially the elderly, to lose their hearing and even eventually to lose contact with the world around them, precisely for that reason. That is why it is so important to come to grips with this subject.

(Trabajo recibido el 28-06-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

Reflexiones acerca del discurso jurídico

por

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO
Profesor Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL ROL COMUNICATIVO E INFORMANTE DE LA NORMA JURÍDICA.
3. EL VALOR DEL LENGUAJE JURÍDICO A TRAVÉS DE LA NORMA.
4. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA NORMA JURÍDICA EN SU FACETA PUBLICITARIA:
 - 4.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS.
 - 4.2. ELEMENTO OBJETIVO.
 - 4.3. MEDIO COMUNICADOR.
5. CONSECUENCIAS CONCLUSIVAS: LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 estipula en su artículo 20.3.d) que se reconocen y protegen los derechos a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Así, la atención se centra en las actividades de «comunicar o recibir información», contempladas dentro del entramado de los restantes derechos humanos, algunos de los cuales serán previos, otros virtualizarán su eficacia real e, incluso, matizarán las facultades integradas en él.

La información hoy es una necesidad de carácter vital elevada al rango de derecho fundamental de la persona por razón de su propia naturaleza, que

debe ser reconocida y respetada por todo poder, autoridad y norma positiva. Negar al individuo el acceso a sus fuentes supondría mutilar su personalidad, atentar contra su curiosidad intrínseca (1).

Tal derecho es la proyección de la dignidad que el hombre puede potenciar mediante diversidad de conexiones, definiéndose a modo de libertad concreta imprescindible. Se trata de «formas de libertad», no sólo en cuanto vicinancias culturales, sino también en cuanto valoraciones insertas en el seno de las instituciones jurídicas (2).

Por otra parte, el reconocimiento llevado a cabo por la Constitución Española adquiere una trascendencia especial, ya que los instrumentos de información y de comunicación no pueden aislarse de su contexto histórico inmediato, al ser una manifestación típica de la sociedad conformada por su acción pública.

Consiguientemente, el binomio sociedad-comunicación aparece en forma de punto de partida. La información y el proceso de comunicación son el engendramiento de una técnica que posibilita la fijación y difusión de mensajes por el que la sociedad aumenta su grado participativo, discerniéndose la libertad comunicante (activa) que se coloca en el punto de vista de quien tiene algo que comunicar; y el derecho a recibir información (pasivo) situado en el terreno del receptor, no es una libertad de hacer, es una libertad de recibir (3).

España que, conforme al artículo 1.1 de la Constitución de 1978, se constituye en «Estado social y democrático de Derecho», cuyos valores superiores del ordenamiento jurídico son «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», propugna el contacto, el conocimiento, ampliando constantemente el número de los sujetos y la extensión y profundización del objeto, en aras de que las comunicaciones sean el fundamento insustituible para una verdadera y efectiva sociedad democrática, edificada sobre la igualdad dinámica de aportaciones.

En suma, de un lado, es un derecho individual como soporte de la personalidad y, de otro, un derecho social, amparante de la libertad como realidad social. Finalmente, es un derecho que protege libertades negativas, o ámbitos de autonomía personal y corporativa, requeridores de la garantía positiva de las condiciones que la hagan efectiva (4).

En la experiencia cotidiana, las interpretaciones de lo que el Derecho es son muy variadas; por ejemplo, caben, entre las más frecuentes: la de orden

(1) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derechos del hombre*, Ed. Reus, Madrid, 1985.

(2) SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *El Derecho en la aventura europea de la libertad*, Ed. Reus, Madrid, 1987.

(3) BENITO, A., y XIFRA HERAS, J., Voz «Información», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1965.

(4) GOROSTIAGA, E., *Información, derechos humanos y Constitución*. Instituto Oficial de Radio y TV, Madrid, 1981.

justo y equitativo; norma o conjunto de normas que regulan nuestra conducta social; garantía o protección, restricción o límite del ámbito de actuación de la libertad de cada uno; sanción de una conducta; disposición o mandato; orden, imposición, decisión; acuerdo, pacto o consenso de voluntades; resolución de conflictos y litigios; facultad y pretensión; modelo de ordenación y organización de la vida social; institución; ciencia... (5). Pero, si focalizamos la concepción del Derecho en la norma jurídica, es evidente que es una entidad lógica y, desde que se convierte en efectiva, socialización de comportamientos humanos.

Constatada la visión anterior, me propongo estudiar la faceta comunicadora-informativa de la norma jurídica, los medios de los que se vale y la relevancia de sus resultados, abordando las cuestiones desde una perspectiva empírico-filosófica empleada como método de análisis. No cabe duda que la reflexión ha de tener, para ser completa, una vertiente teórica filosofante, estimativa del hecho de la información y de la comunicación social que analice, propiamente, la situación presente.

Por tanto, hay que rechazar las doctrinas que no vean la particularidad de la información, el idealismo subjetivo que comprenda la información como simple apariencia, y el idealismo objetivo que observe un principio independiente de la materia, a causa de ser concepciones unilaterales del tema (6).

2. EL ROL COMUNICATIVO E INFORMANTE DE LA NORMA JURÍDICA

El Derecho no se agota en la acción, se proyecta en el ámbito de la conducta habitualizada y debida, con lo que la norma jurídica se define, siguiendo a SÁNCHEZ DE LA TORRE (7), como «medio de comunicación del orden jurídico, que expresa a los sujetos que participan de una situación, donde se halla implicada su respectiva libertad, cuál ha de ser su conducta para hacer compatibles sus respectivos intereses, y cuáles serán las consecuencias que el orden jurídico asegura para cada sujeto, tanto en la opción de atenerse a dicho criterio, como en la de infringirlo».

Cuando hablamos de «comunicación social» expresamos la acción de todo tipo de información, dirigida a cada sujeto y a la sociedad en conjunto. Los términos «comunicación» e «información» designan un proceso, uno

(5) RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991.

(6) REY MORATO, J. DEL, *Cultura y mensaje*, Ed. P. del Río, Madrid, 1976.

(7) SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Introducción al Derecho*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1991.

y otro se perfeccionarán sustancialmente —no solo formalmente— en el supuesto de que el mensaje sea recibido con corrección y asimilado por el destinatario.

La diferencia que existe, grosso modo, entre ambos vocablos es que el primero es un acto, manifestación o traslado hecho a cada una de las partes de lo dicho por la otra parte y el segundo es un resultado significativo de la inclusión de elementos —materiales o inmateriales— en algún sistema clasificado para informar (8).

Considerado el estado actual de la información, ésta podría describirse a modo de organización del diálogo social adaptado a la situación de la sociedad, con pretensión de universalidad en una triple dirección: en sus contenidos, en relación con el tiempo, y en relación con el espacio. Por tanto, para poder llegar a alcanzar la situación deseada, el proceso de organización genuino entre emisor y receptor, entre el Estado y los ciudadanos, evolucionada históricamente, ha tenido que ir perfeccionándose al ritmo que la sociedad ha procurado. Desde siempre la información ha sido resultado de una idea, de un proyecto inicial, de unos instrumentos técnicos, y de unos medios económicos que la hacen viable (9).

En consecuencia, si la comunicación es el enclave de muchas de las actividades humanas, y en la práctica es lo que pone en contacto a los objetos con las personas y a las personas entre sí, hablando científicamente, la interrelación se debe valorar en términos de sistemas de comunicación. El Derecho constituye un subsistema especializado compuesto por fenómenos básicos comunicativos, entre los que se cuentan las normas jurídicas (10).

Concretamente, reconduciendo las notas de toda norma jurídica, por ser regla de conducta, a la naturaleza regulativa que produce una obligación de comportamiento ciudadano y una obligación encargada de hacerla cumplir; y a la previsión que exige una pretensión de validez para los casos comprendidos en su contenido, la norma, evaluada como medio de comunicación, configura una serie de enlaces múltiples, ocasionales y flexibles, inmutables y rígidos (11).

(8) ESCARPIT, R., *Teoría general de la información y de la comunicación*, Icaria, Barcelona, 1981.

(9) BALLE, F., *Información y sociedad: antiguos y nuevos desafíos*, EUNSA, Pamplona, 1983.

(10) RUESCH, J., *Comunicación. La matriz social de la psiquiatría*, Paidós, Barcelona, 1984.

(11) RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*

3. EL VALOR DEL LENGUAJE JURÍDICO A TRAVÉS DE LA NORMA

El lenguaje es el instrumento con el que el hombre da forma a su pensamiento y a sus sentimientos individuales, a su querer y actuar, es el cimiento más firme y profundo de la sociedad que ejerce y recibe influencias del exterior servidoras de fines y propósitos. Como bien decía Ferdinand DE SAUSSURE, el gran lingüista suizo de principios del siglo XX, el lenguaje es «la ventana que nos abre al mundo». Gracias a él, las ideas se objetivan en unos signos inteligibles, desplegada una secuencia de palabras ensambladas en conjuntos mayores (frases), de acuerdo a reglas gramaticales (12).

Dentro del lenguaje ocupa una parcela de incalculable valor el denominado jurídico, del que sus nociones más importantes nos son familiares y útiles en la vida cotidiana, aunque una parte de sus contenidos son altamente técnicos e incomprensibles para los que son ajenos al mundo del Derecho, intentando reflejar una realidad de orden superior. A estos efectos son distinguibles, desde un primer momento, el enunciado del discurso legislativo, porciones o segmentos de un documento normativo, y las composiciones significativas, normas en sentido estricto. El enunciado normativo antecede a la hermenéutica y fija su objeto, el núcleo del significado de un enunciado normativo es producto de la exégesis (13).

La esfera social en la que se mueve el Derecho es la de la intersubjetividad, en esta relación es donde se aposenta la realidad normativa en forma de comunicación jurídica, siendo sus características más notables: La consistencia en cierta actividad de las personas, susceptible de representar actitudes, voluntades y conceptos comprensibles para cualquiera con el que se establezca una relación en la que los sujetos se explicitan para implantar una conexión comprometedora de ciertos bienes o actividades susceptibles de estimación económica conforme a su índole funcional.

La comunicación alteritaria de la norma jurídica se da a conocer con signos que cada experiencia va incorporando, hasta alcanzar cierto nivel de formalización racional. Esta comunicación simbólica conforma un lenguaje que juzga las condiciones en que cada sujeto puede emerger de su «yo», para abrir el cauce de su instalación en el medio social. Tal lenguaje simbólico permite la universalidad del discurso inteligible referente siempre a la conducta de un sujeto en relación con otro, tendente a entrelazarlos y a delimitar sus comportamientos (14).

(12) FERRATER MORA, J., *Indagaciones sobre el lenguaje*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.

(13) OLIVECRONA, K., *Lenguaje jurídico y realidad*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

(14) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Ed. Reus, Madrid, 1986.

Desde una perspectiva regulativa, la norma jurídica reconoce un ámbito formal de la libertad. La fórmula «prohibitiva» revierte en la licitud general de todas las opciones posibles en determinada situación, excepto la prohibida. El estilo «imperativo» restringe la licitud de las opciones en la situación que no es la «imperativa». La forma «indicativa» traza las posibilidades de conducta recomendadas para conseguir efectos jurídicos, del modo más sencillo, rápido y económico para el sistema.

La precisión de los textos normativos consigue alcanzar sus designios computando el mínimo de recursos con motivo de la articulación lógica de medios de expresión lingüística. Por tanto, la prohibición o el imperativo son algo referente al estilo, son modalidades aconsejadas por la economía de recursos lingüísticos, dejando un número indefinido de excepciones (15).

En realidad, lo que la norma jurídica encierra es una jerarquía de valores que construye un plexo de categorías de orientación axiológica, directivas del individuo en el mundo. El par categorial primario es el de bueno/malo, del que la traducción ético-social lo ha establecido en lo lícito/ilícito o lo permitido/prohibido. Estas categorías axiológicas son las unidades normativas que hacen comprensible el comportamiento individual en el marco de la sociedad. Se advierte, sin embargo, que la disyuntiva primaria corrobora sólo una planificación horizontal de las ideas de valor, lo que indica que las categorías orientadoras inyectan una movilidad semántica en cuanto a los objetos referidos (16).

En la dirección apuntada es aconsejable que las relaciones reguladas deban referirse a dos puntos esenciales: el orden y la medida. El reconocimiento de un orden en el objeto informado, accesible al entendimiento humano con la ayuda del intelecto y de los sentidos, le lleva a aproximarse racionalmente al universo de los objetos según una escala creciente de complejidad (17).

No obstante, lo expuesto ha de ser matizado, puesto que el desenvolvimiento del lenguaje, en general, y de su semántica, en particular, es un problema de adquisición cultural. Se solicita la representación cognitiva del concepto, el contexto y la cultura.

El significado de las palabras está en función del contexto y de la situación humana dentro de la que son manejados. A veces, advertimos, en cambio, que una palabra reúne varios criterios que muestran una comprensión originaria central y extensiones metafóricas o figurativas paralelas.

Por añadidura, hay otros casos más complicados e interesantes de palabras concernientes a objetos que no presentan propiedades cualitativas comu-

(15) HERRIOT, P., *Introducción a la psicología del lenguaje*, Ed. Labor, Barcelona, 1977.

(16) DELGADO OCANDO, J. M., *Consideraciones sobre los elementos semióticos del Derecho*, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho LUZ, Facultad de Derecho, Maracaibo, 1975.

(17) REY MORATO, J. DEL, *op. cit.*

nes. Por último, hay un sector en el que los vocablos emergen con imprecisión y vaguedad (18).

4. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA NORMA JURÍDICA EN SU FACETA PUBLICITARIA

Según lo apuntado en un principio, la información es un proceso de comunicación que establece una relación entre dos términos —emisor y receptor— a través de un medio que transfiere un contenido, por lo que se presuponen tres elementos intrínsecos, de los que nos ocuparemos a continuación, a saber:

- Dos sujetos: el emisor y el receptor.
- Un objeto: el mensaje.
- Un medio: el instrumento comunicador.

4.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Sociedad, individuo y comunicación son vocablos que se relacionan mutuamente, toda vez que es la comunicación la que crea sociedad y halla en ella su cohesión y la seguridad de su estabilidad. La profundización en la persona nos hace apreciar que el ser es comunicativo y se abre a la verdad y al bien, el hombre es relacional por sus potencias superiores de las cuales emana la comunicación (19). Por consiguiente, ser persona es ser capaz de comunicarse. El problema de la comunicación y el del hombre social están unidos íntimamente, son dos facetas de una única moneda (20).

Por medio de la alteridad, la norma jurídica presupone una pluralidad de sujetos que entran en relación y actúan regulando las relaciones que instauran. Los conceptos de bilateralidad y de reciprocidad subrayan que de las relaciones jurídicas surgen poderes y deberes correlativos, en el doble sentido de que al poder del uno corresponde un deber en el otro (bilateralidad), y de que un sujeto no puede actuar respecto a otro, sin legitimar, en las mismas circunstancias, un comportamiento análogo respecto a él (reciprocidad) (21).

Abunda la creencia que pone de relieve el poder unilateral del comunicador sobre el del receptor. El emisor es el único que accede a la iniciativa

(18) CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

(19) XIFRA HERAS, J., *Voz Información*, cit.

(20) ALVIRA, R., «Filosofía política y filosofía de la comunicación», en *Revista Filosofía de la Comunicación*, Madrid, 1995.

(21) LUMIA, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Debate, Madrid, 1989.

del hecho informativo por la dificultad del propio medio y por la organización del trabajo. De algún modo, la defensa de los valores informativos se confían al comunicante, el cual tiene recursos para poder presentar un enunciado, siendo el destinatario quien debe ser tenido en cuenta como primer sujeto del derecho de la información. El receptor podrá acogerse o entrar en conflicto con el mensaje, haciendo o dejando hacer algo, modificando o alterando su representación de la realidad, conservando o variando sus creencias. Surge un período de interiorización (22).

En este orden de ideas los dos polos de la tensión noticiosa son activos, el sujeto técnico que otorga/gestiona la información y el sujeto social que la recibe, al tiempo que es fuente de las noticias al recrear la norma emitida.

La norma se dirige al conjunto de los ciudadanos sometidos a su vigencia, a los cuales impone, prohíbe o permite hacer algo, con las obligaciones y limitaciones pertinentes; y a los órganos del Estado, a los funcionarios y autoridades llamados a aplicar el contenido jurídico y a velar por su observancia. Esta característica de «generalidad» viene a ser la primera de las garantías del individuo frente al avance progresivo de las regulaciones socio-jurídicas estatales, opuestas a la «particularidad» y a la «singularidad», y vinculadas a una interpretación pragmática de los objetivos y valoraciones sociales bajo un concreto prisma del bien común.

Dicha «generalidad» nace como una pretensión derivada de las finalidades del orden jurídico. Una norma que no regule una relación por vía general abstracta no puede calificarse de jurídica, por ser el Derecho una regla de coexistencia social, reviste orden, igualdad y exclusión de arbitrariedad. Dándose los requisitos y supuestos previstos, la norma abarca mayor o menor número de personas y de relaciones regidas (23).

Coordinadamente, se aprecian dos notas sustantivas: La objetividad y la abstracción, que muestran la omisión de intromisiones personalistas, el plano secundario del sujeto gramatical que desempeña el papel de emisor del mensaje y la falta de apreciaciones atribuidas (24).

4.2. ELEMENTO OBJETIVO

Información es sinónimo de transmisión de cierto número de mensajes, afirmaciones verdaderas o falsas a un individuo que las recibe, las deforma, las acepta, las rechaza, o permanece insensible. Sujeto y objeto no actúan

(22) MARTÍN SERRANO, M., *op. cit.*

(23) CASTÁN TOBEÑAS, J., «Derecho Civil», *op. cit.*

(24) HERNÁNDEZ GIL, A., *Saber jurídico y lenguaje*, tomo VI de sus Obras Completas, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1989.

absolutamente individualizados, en el encuentro el objeto modifica al sujeto y viceversa, interpretando el orden dado a conocer.

Por su parte, la vida social no es una totalidad homogénea, se compone de sectores que se influncian como un enjambre de conflictos y colaboraciones; la vida de cada uno confecciona un agregado de procederes orientados hacia un equilibrio específico. Por ende, lo que emite la norma jurídica es un mensaje estabilizador de la vida social, captador de las relaciones intersubjetivas, consiguiendo cierta estandarización de la conducta social, entretejiendo una transacción entre valores colectivos e individuales, e intereses de grupo (25).

En la proporción en que la sociedad pluraliza las acciones individuales, las enriquece y las coordina, los hechos jurídicos normativizados hacen real la participación. En una palabra, toda relación jurídica pone al hombre en contacto con el mundo que le rodea. Comunicar es poseer algo en común, y el algo en que se coparticipa es un saber, un mensaje (26).

A su vez, el receptor humano tiene unas capacidades límite para procesar información, con el fin de comprender la complejidad de la realidad jurídica. En esta línea, el método es un instrumento ajustado a la acomodación de dos dimensiones: el objeto y el sujeto. El ajuste informativo será diferente en cada sociedad y momento histórico, sólo si hay conocimiento de la realidad hay genuina comunicación (27).

Evaluada globalmente, la gran finalidad de los medios de comunicación social es la de mantener vivo y profundizar continuamente en el conocimiento y la vigencia de aquellas verdades que, por distintos fundamentos de evidencia, se han constituido en certezas sobre las que se sustenta la convivencia plural en la libertad de la sociedad, reduciendo la incertidumbre por el mensaje que, de acuerdo con Norberto BOBBIO (28), será completamente riguroso, o sea, se definirán los términos empleados; se observarán las reglas de formación y transformación de los enunciados; y se usarán con perseverancia semántica los términos, concertados con las definiciones.

La emisión transmitida es realización de la justicia en la vida social, traducida formalmente en una delimitación de las parcelas de licitud y deber, conjugadas las exigencias institucionales del bien común y las de la autonomía individual. Por lo cual, cada uno sabe a qué atenerse, conoce el margen de libertad dentro del que no puede ser impedido ni obligado, y sabe que hay acciones que está constreñido a hacer, conociendo cada cual su derecho y su deber. Al quedar delimitadas las esferas de licitud y deber

(25) LÓPEZ ARANGUREN, J. L., *La comunicación humana*, Tecnos, Madrid, 1986.

(26) PAOLI, J. A., *Comunicación e información*, Perspectivas teóricas, Trillas, México, 1983.

(27) REY MORATO, J., *op. cit.*

(28) BOBBIO, N., *Teoría de la norma jurídica*, Ed. Giappichelli, Turín, 1985.

se acota a los sujetos un patrimonio jurídico denominado «lo suyo», de cada uno (29).

Como ha sostenido RECASENS SICHES (30), el Derecho es una construcción cultural permanente en la que ciertas formas de la vida humana se asientan, gestándose y objetivándose en una interacción constante de necesidades, hechos, valores y normas. Por lo que es impensable un modelo de orden social correcto que no progrese para reflejar la realidad, viéndose la mediación comprometida en la suerte de la sociedad en la que media, simultáneamente, que la sociedad es un fruto de la propia mediación.

En el proceso de comunicación que permite entenderse a quién realiza la experiencia y a quién solamente la observa, es destacable el mecanismo de un orden que entraña la consecuencia de que diversos sujetos puedan comunicarse lingüísticamente con referencia a sus experiencias.

Se origina un estado en el que no sólo son conocibles las expresiones normativas, sino también su fundamentación en hechos, necesidades o aspiraciones en cuya experiencia toma parte el observador. La conexión entre lo que «es» y lo que «debe ser» convierte a la regulación positiva en un valor cultural, unión que se vale de simbolismos sopesados con el sector normativo en el que las normas se encuadran, tratándose siempre, ya sean completas o incompletas, de parcelas de un conjunto más amplio organizado sistemáticamente y que sólo en su conjunción pueden ser plenamente comprendidas (31).

La norma jurídica, al ser forma de la libertad social, es determinación de signos racionales y de responsabilidad según el modo en el que la libertad responde a la llamada de algunos criterios valorativos. Organizando la libertad, organiza la sociedad, tanto cuando la limita como cuando la reconoce (32).

El problema de si la coacción debe ir anexionada a la norma jurídica ha preocupado desde antaño. Prescrito el mantenimiento del orden y de la paz social, no es posible dejarla sin cumplimiento, al libre arbitrio de los ciudadanos, y para imponerse, en caso de que la regla jurídica sea desconocida o violada, será utilizada la coacción y obligado el infractor a respetar el mensaje. De forma que los medios comunicantes son, de una parte, las palabras expresadas y, de otra, los actos prácticos desencadenantes.

En general, la nota de imperatividad, obligatoriedad o exigibilidad revierte en que las normas jurídicas arrastran un mandato (positivo o negativo) que impone a los sometidos una conducta bajo una sanción. Todo ello va ligado

(29) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *op. cit.*

(30) RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, D. F., 1986.

(31) PÉREZ GARCÍA, R., *Información y significado: hacia una teoría semántica de la información*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991.

(32) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *op. cit.*

al carácter autárquico del Derecho a la independencia de la voluntad de los sometidos a sus normas, sin quedar subordinado a su aceptación o reconocimiento (33).

Paralelamente, la norma jurídica persuade gracias a una donación de hechos e ideas, cuyo único conocimiento actúa como razonamiento sobre los individuos hasta obtener su convicción. El proceso comunicativo aparece entonces como influyente, tipificado en una presión que puede modificar los comportamientos, condicionado al destinatario que recibe la influencia porque supone un dominio sobre el ánimo (34).

Sin embargo, evaluar las normas como simples recursos coactivos no es exacto, si entendemos el Derecho como norma general de la libertad que se plantea en las relaciones jurídicas de los individuos y grupos, expresada en juicios acerca de qué tipos de intereses o de expectativas son deseables y conviene promover comunitariamente. La contradicción que puede haber entre el Derecho como «liberación» y como «coacción» ha de sustanciarse, por tanto, en la formación histórica del contenido y de la extensión de la libertad jurídica, a pesar de que los rasgos psíquicos y sociológicos resultan de la doble dimensión subjetiva y objetiva de la proyección racional de la conducta jurídica (35).

4.3. MEDIO COMUNICADOR

Los medios de comunicación observan una función mediadora de interacción al servir de canales transmisores de cara a la sociedad, al menos potencialmente. El tratamiento diferenciado de la información de las normas jurídicas trae consigo la correspondiente especialización en funciones comunicativas, distintivas de alguno de los cauces interactivos en la sociedad. A partir de esa especialización, la información pública llega a organizarse institucionalmente, legitimándose un procedimiento sistemático de adquirir, procesar y distribuir los datos que diseñan la norma. Nace así un sistema de comunicación identificable porque gozará de unas características distintivas, más o menos formalizadas según la complejidad que alcance el uso de la información en la colectividad.

La mencionada institucionalización se logra creando una organización a la que se le asignan recursos materiales y humanos. Las formas de producir, distribuir y consumir información están mediadas por productos comunicativos que han originado unos comportamientos muy diversos de aquéllos que

(33) BOBBIO, N., *op. cit.*

(34) BENITO, A., *op. cit.*

(35) ALARCÓN CABRERA, C., *op. cit.*

están mediados por un producto, como, por ejemplo, los que aparecen oral o gestualmente (36).

El artículo 91 de la Constitución Española dictamina que «el Rey sancionará en el plazo de quince días, las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación». Hay una remisión a tres clases de acciones: la sanción, la promulgación y la publicación.

Se distingue entre la sanción regia y la promulgación. La sanción es el residuo vacío de contenido de la antigua potestad de veto; y la promulgación una competencia común a los Reyes de las Monarquías parlamentarias y a los Jefes de Estado en las Repúblicas democráticas, comprobante de si en la ley se han oficiado las solemnidades obligatorias por la vía de su inmediata publicación (37).

Sancionar entraña un acto constitucionalmente político, de actividad soberana, en el que se confirma, con validez objetiva y con trascendencia pública regulada según las modalidades estipuladas en el ordenamiento jurídico, el texto de una ley. De la sanción se infiere la objetividad, la constancia general, la máxima eficacia, la presunción de conocimiento, la fuerza y el inmediato control de las regulaciones. Por esto la legislación del Estado es «intocable», «inviolable» e «indiscutida». La autoridad política suprema pone su firma al pie de la versión definitiva y ordena que sea dado a conocer públicamente (38).

En resumen, en la Constitución la sanción posee la misión de reforzar la dignidad inherente a todo ser humano, aseverada con la firma del Jefe del Estado; y la promulgación, debido a un propósito de recuperar solapadamente los poderes que encerraba la sanción regia y al haberse utilizado en España, normalmente, como una referencia alternativa a la publicación, es un trámite inútil como concepto alternativo a los de sanción y publicación.

Por el contrario, en el uso, los actos de la sanción y de la promulgación se fusionan en uno sólo. La promulgación, o bien queda sin desarrollo, o bien ha de ser practicada como el mandato de publicación. De otro lado, el mandato real dirigido a «todos los españoles, particulares y autoridades, (para) que guarden y hagan guardar la presente ley», no puede considerarse como la aplicación de la promulgación, ya que en el sistema español, basado en el origen popular de los poderes del Estado (art. 1.2.), la obligatoriedad emana de la aprobación dada por el orden legislativo. Redundantemente, se puede pensar que el anuncio inicial aprobatorio de las Cortes a los que «la vieren

(36) MARTÍN SERRANO, M., *op. cit.*

(37) HERZOG, J. B., *op. cit.*

(38) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.

y entendieren», forma parte del acto de sancionar, refrendado ministerialmente y expuesto en la publicación oficial (39).

En lo que se refiere a la publicación, ésta es un acto material atribuido al Ejecutivo que exhibe oficialmente la existencia y contenido de las leyes, una *condictio sine qua non* sin la que no pueden entrar en vigor ni ser aplicadas. Verdaderamente, como acto, añade poco o nada, pero aún así forma parte del procedimiento legislativo, es una garantía de la libertad individual que entraña la notoriedad y la certeza.

Su finalidad es la de reproducir fielmente la redacción previamente aprobada por las Cortes y sancionada por el Rey; se trata, en síntesis, de una condición indispensable para que la ley pueda desplegar su eficacia jurídica (40). Al articularse un aspecto de eficacia se impide su aplicación en tanto no se verifique.

A propósito del proceso cimentador de estructuras, el papel de la información es el de contribuir a la fijación de aquéllas que son mínimas y esenciales, manteniéndolas permeables al continuo perfeccionamiento al que está llamado el conocimiento más completo de las normas.

El artículo 2.1 del Código Civil dice que «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa», siendo extensible lo preceptuado, dictamina la jurisprudencia tradicional, a toda clase de normas jurídicas. El artículo 9.3 de la Constitución Española garantiza la publicidad de normas. Y el artículo 96 de la misma prescribe que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento español» (41). Por tanto, queda claro que, con miras a obtener un conocimiento general y para hacer obligatorias las normas jurídicas, éstas se han de publicar, siendo el *BOE* la publicación oficial.

Además en la Constitución Española el principio en cuestión alcanza una dimensión nueva, más amplia que la prevista en el Código Civil. De forma similar a lo que sucede en el Estado, las Comunidades Autónomas y las Provincias, entre otros ámbitos territoriales, publican sus propios Diarios oficiales. A su vez, desde nuestra incorporación a las Comunidades Europeas (actual Unión Europea) en 1986, nos vemos compelidos a manejar las publicaciones de la Unión Europea, diarias y no inscritas en el *BOE* (42).

Ello corrobora que los medios de comunicación enunciados ejercitan dos funciones principales: primordialmente, una pretensión de la realidad tal

(39) SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 91 de la Constitución Española», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, 1985.

(40) RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

(41) La interpretación clásica ha convenido en creer que la publicación en el *BOE* es un acto normativo que transforma lo que sólo era Derecho Internacional en Derecho Interno.

(42) RAMOS MÉNDEZ, F., *Cómo estudiar Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.

cual es, para que todos tengan conocimiento de lo que es correcto y es preciso conservar y, *a sensu contrario*, lo que hay que desterrar y rectificar. En segundo lugar, los medios empleados han de dirigirse a objetivos comunes convenientes (43).

El *BOE*, materialización de la comunicación social elaborada por la norma jurídica, pertenece a un estrato que es el de las objetivizaciones ideadas por el ser humano, y la actualidad que genera en nuestro entorno es parte de la realidad. Es una forma social de comunicación en la que la información se produce y difunde todos los días laborables. La letra del *BOE* es oficial y auténtica, autenticidad que certifica el Jefe del Estado, y los particulares se ven sometidos al imperio de su contenido, sin que les esté autorizado indagar sobre la regularidad de la publicación (44).

La «situación de comunicación» lograda contribuye a una patentización de posibilidades y responsabilidades. La función desempeñada por el proceso informativo coadyuva a la creación o al perfeccionamiento de las acciones que, individual o colectivamente, desdoblan al hombre en la plenitud de su personalidad. Con lo cual se evidencia que sea una unidad básica de la inteligibilidad del Derecho, y que la conducta jurídica aparezca en el pleno de un proceso unitario, caminando por los sucesivos momentos en que el orden jurídico ejerce su control (45).

Por todo esto, las técnicas publicistas han de actualizarse ampliando las conductas de expresión y aumentando su riqueza formal, valiéndose de todo tipo de combinaciones; adaptando los instrumentos que se han ido creando a las exigencias del lenguaje humano y diversificando los contenidos informativos según los receptores y las técnicas usadas casuísticamente (46).

5. CONSECUENCIAS CONCLUSIVAS: LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Brevemente decir que por «legalidad» entendemos la existencia de leyes y el sometimiento a ellas y es también un requerimiento del poder y la forma en que se descubre el Derecho. El Derecho consta de normas y éstas son las que nos permiten hablar de un sistema de legalidad (47).

(43) MOTA, I. H. DE LA, *Función social de la información*, Ed. Paraninfo, Madrid, 1988.

(44) MARTÍN SERRANO, M., *op. cit.*

(45) BENITO, A., *op. cit.*

(46) BENITO, A., *op. cit.*

(47) MARTÍNEZ-SICULUNA, C., *Legalidad-legitimidad: la teoría del poder*, Ed. Actas, Madrid, 1991.

De acuerdo con lo expuesto, se comprende que esta sistematización aparezca estrechamente vinculada a la seguridad al experimentar todo Derecho y, por ende, toda norma jurídica un valor o una función de seguridad en cuanto que cristaliza en un sistema de legalidad.

La seguridad, la certeza, la previsión, la dirección y el ajuste que las normas pretenden para que la gente sepa a qué atenerse, cómo se ha de comportar y qué le puede acontecer si no cumple con lo que se prevé públicamente, trae consigo, recubierta de una formalidad, cómo han de efectuarse los comportamientos.

La particular sanción, exteriorizada por su publicación, nos comunica pues que estamos obligados a cumplirla, puesto que en caso contrario, se ejecutarán las consecuencias dispuestas (48).

A modo de paréntesis, es condición insoslayable el cultivar la veracidad informativa o acomodación a la realidad objetiva, siendo la verdad, más que el objeto de la comunicación, el medio comunicante que permite a los sujetos asumir un dato unívoco para ambos. El elemento mencionado se remite, fundamentalmente, a ciertas relaciones normativas: naturaleza-entorno; constancia-variabilidad; estabilidad-cambio (49).

Igualmente, la sanción, promulgación y la publicación han de efectuarse en un plazo y los quince días señalados deben comenzar a contarse desde el momento en que obra oficialmente en poder del Rey, siendo el marcado un máximo que no tiene por qué agotarse. La publicación habrá de ser inmediata para evitar toda clase de demora injustificada, recayendo la obligación en el Gobierno, del que depende el *BOE*. Junto a lo anterior será obligatorio, desde una perspectiva constitucional, que el Diario sea distribuido y vendido inmediatamente en el territorio nacional y que los precios de suscripción y venta sean reducidos para su asequibilidad (50).

En definitiva, se relaciona el principio de publicidad de las normas con el de legalidad, sin publicidad no hay una norma previa habilitante de la actuación administrativa; y con el de seguridad jurídica, en la medida en que si faltara publicidad no sería estimada la presunción *iuris et iure* de conocimiento de las leyes sustentada en el artículo 6.1 del Código Civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen» (51).

Obtenemos, así, la certeza ordenadora de las situaciones individuales alumbrada por la seguridad que otorga el principio de legalidad, ya que la

(48) GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Ed. Vicens-Vives, Madrid, 1980.

(49) FOUCAULD, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Seix-Barral, Barcelona, 1981.

(50) RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *op. cit.*

(51) VILLAR PALASÍ, J. L. y SUÑE LLINAS, E., *op. cit.*

totalidad de los sujetos sabrán a qué atenerse en cualquier ámbito de relaciones. Aunque, en última instancia, la seguridad perseguida da un paso más al ser evaluada socialmente, demostrándose la correspondencia con la justicia porque tal criterio reside en el respeto a la personalidad humana (52).

He resumido a modo de decálogo las conclusiones que estimo más importantes de este ilusionante trabajo del primer cuatrimestre de la asignatura DERECHO POLÍTICO I, a saber:

1.^a La información como en ningún otro momento en la historia del hombre se configura como una necesidad vital, elevada al rango de derecho fundamental de la persona por razón de su propia naturaleza y que debe ser reconocida y respetada por todo poder, autoridad y norma positiva.

2.^a La información es, de un lado, un derecho individual, como soporte de la personalidad y, de otro, es un derecho social, que ampara la libertad como realidad social. Pensemos en este sentido que los últimos conflictos bélicos de trascendencia mundial han tenido a los servicios de comunicación e información como uno de los pivotes básicos a la hora de realizar diferentes estrategias de ataque o defensa.

3.^a La norma jurídica, atendiendo al profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE, se debe entender como «medio de comunicación del orden jurídico, que expresa a los sujetos que participan de una situación, donde se halla implicada su respectiva libertad, cuál ha de ser su conducta para hacer compatibles sus respectivos intereses y cuáles serán las consecuencias que el orden jurídico asegura para cada sujeto, tanto en la opción de atenerse a dicho criterio como en la de infringirlo».

4.^a Considerado el estado actual de la información, ésta podría describirse como una modalidad de organización del diálogo social adaptado a la situación de la sociedad, con pretensión de universalidad en una triple dirección: en sus contenidos, en relación con el tiempo y en relación con el espacio.

5.^a Son distinguibles, desde un primer momento, el enunciado del discurso legislativo, porciones o segmentos de un documento normativo, y las composiciones significativas, normas en sentido estricto.

6.^a La esfera social en la que se mueve el Derecho es la de la intersubjetividad. En esta relación se aposenta la realidad normativa en forma de comunicación jurídica.

7.^a Desde una perspectiva regulativa, la norma jurídica reconoce un ámbito formal de libertad. La fórmula «prohibitiva» revierte en la licitud general de todas las opciones posibles en determinada situación, excepto la prohibida. El estilo «imperativo» restringe la licitud de las opciones en una situación determinada.

(52) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *op. cit.*

8.^a El Derecho se entiende como una construcción cultural permanente en la que ciertas formas de vida humana se asientan, gestándose y objetivándose en una interacción constante de necesidades, hechos, valores y normas.

9.^a La norma jurídica, al ser forma de la libertad social, es determinación de signos racionales y de responsabilidad, según el modo en el que la libertad responde a la llamada de algunos criterios valorativos.

10.^a Los medios de comunicación observan una función mediadora de interacción al servir de canales transmisores de cara a la sociedad, al menos potencialmente.

RESUMEN

DISCURSO JURÍDICO

El significado de las palabras está en función del contexto y de la situación humana dentro de la que son manejados. A veces, advertimos, en cambio, que una palabra reúne varios criterios que muestran una comprensión originaria central y extensiones metafóricas o figurativas paralelas. Por añadidura, hay otros casos más complicados e interesantes de palabras concernientes a objetos que no presentan propiedades cualitativas comunes.

Por último, hay un sector en el que los vocablos emergen con imprecisión y vaguedad: el ámbito jurídico, al que se dedica este trabajo.

ABSTRACT

LEGAL DISCOURSE

What words mean depends on the words' context and on the human situation within which the words are handled. Sometimes we see, however, that a single word meets several criteria that feature an original central understanding and parallel metaphorical or figurative extensions. Moreover, there are other, more complicated and interesting cases of words concerning objects that do not have any common qualitative properties.

Lastly, there is a sector where words emerge fuzzily and vaguely: the legal realm, which is what this paper concerns.

(Trabajo recibido el 12-02-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

Los nombres geográficos de los vinos de Castilla y León: notas críticas

por

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

SUMARIO

I. FUENTES NORMATIVAS Y FIGURAS AFINES:

1. INTERESES CONCURRENTES.
2. FUENTES NORMATIVAS.
3. OTRAS FIGURAS DE CALIDAD.
4. RÉGIMEN ESPECIAL.
5. NATURALEZA JURÍDICA.

II. CONCEPTOS DE DO E IG Y MARCAS COMERCIALES:

1. NOCIONES LEGALES.
2. NOTAS ESENCIALES Y DIFERENCIAS.
3. CONTRASTES CON LAS MARCAS.
4. CUESTIONES DE *LEGE FERENDA* Y NORMAS DE COORDINACIÓN.

III. NIVELES DE PROTECCIÓN:

1. REGLAS COMUNES.
2. PRECISIONES CONCEPTUALES.
3. VINOS PROTEGIDOS.
4. RECONOCIMIENTO Y DERECHOS PREVIOS.
5. REGLAMENTO ESPECÍFICO Y ORDEN ADMINISTRATIVA.

IV. TITULARIDAD Y PROTECCIÓN:

1. DISTINTOS TITULARES.
2. RÉGIMEN DEL NOMBRE GEOGRÁFICO.
3. DERECHO DE USO Y PROHIBICIÓN DE DISPONER.
4. OBJETO DE LA PROTECCIÓN.
5. USO EXCLUSIVO Y *IUS PROHIBENDI*.

I. FUENTES NORMATIVAS Y FIGURAS AFINES

1. INTERESES CONCURRENTES

Es sabido que la producción y la comercialización de los vinos es un asunto extremadamente complejo y que ha estado fuertemente intervenido por la Administración Pública a lo largo del siglo xx. Esto ha sido así porque convergen aquí múltiples intereses de índole diversa, entre los que destacan: *a)* la importancia económica creciente del sector, no sólo en el mercado interior, sino en el comercio de exportación; *b)* la competencia dura y, en ocasiones, desleal entre las grandes bodegas, sin olvidar los problemas que suscitan las imitaciones extranjeras; *c)* el prestigio de determinadas marcas comerciales y de nombres geográficos, que han devenido indicaciones genéricas, precisamente, por ser de uso tan frecuente y generalizado que han pasado a ser el nombre común del vino, como sucede con el champán o el sherry o jerez; *d)* el consumo del vino que ha sido constante, pese a sus fluctuaciones, y se ha orientado en los últimos años hacia los productos de calidad; *e)* la producción, sobre todo de los vinos de calidad, es poco contaminante y respetuosa con el medio ambiente; *f)* se ha percibido recientemente que el cultivo de las viñas y la venta de los vinos contribuye al desarrollo rural sostenible tanto porque aumenta las rentas de los agricultores como porque facilita el asentamiento de la población en las zonas rurales especialmente en las más desfavorecidas.

Por eso, la protección del origen y la calidad de los vinos reviste una importancia de primer orden en regiones de fuerte tradición vinícola como es la de Castilla y León, en cuyo régimen concurren hasta cuatro fuentes normativas diferentes, dos nacionales y dos supranacionales.

2. FUENTES NORMATIVAS

En cuanto a las primeras, por un lado, la Ley 8/2005, de 10 de julio, de la Viña y del Vino de Castilla y León, que le dedica los Títulos II y III, casi la mitad de su contenido —de los que sólo nos interesan los arts. 10 a 23— contenido que se ha desarrollado un año después por el Decreto 51/2006, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de dicha Ley (1). Por otro lado, la Ley (estatal) 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, cuyo régimen es de carácter básico en esta materia, con alguna salvedad, por lo que es de

(1) Vid. la síntesis de J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, *Agricultura, Ganadería y Denominaciones de Origen*, Derecho Público de Castilla y León, ed. por el INAP, Madrid, 1999, pág. 489 y sigs., sobre la normativa autonómica anterior.

aplicación uniforme en todo el territorio del Estado español, y también, por supuesto, en nuestra Comunidad Autónoma (2).

Por lo que respecta a las fuentes supranacionales, hay que mencionar, por una parte, el Reglamento (CE) 1493/1999, del Consejo, de 17 de mayo de 1999, por el que se establece la Organización Común del Mercado Vitivinícola, que regula la designación, denominación, presentación y protección de determinados productos, en especial, los vinos de calidad producidos en regiones determinadas (VCPRD), norma que está en trance de ser modificada (3) y es de aplicación uniforme también en el ámbito territorial de la Unión Europea.

Por otra parte —y por último—, rige el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), adoptado por la Organización Mundial de Comercio (OMC) el 15 de abril de 1994, que se ha incorporado al citado Reglamento comunitario dado que, ante las reclamaciones de Estados Unidos y Australia de 2003, la resolución de un *panel* de esta Organización estimó que el derogado Reglamento (CE) 2081/1992, sobre la protección de otros productos agroalimentarios, era contrario en ciertos extremos al mencionado Acuerdo (4). Este Acuerdo se aplica al comercio exterior con los Estados extracomunitarios que sean miembros de la OMC, sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y de los convenios bilaterales celebrados con determinados países, como el acordado por la Unión Europea con los Estados Unidos que se aprobó por la Decisión 2006/232/CE, de 20 de diciembre de 2005 (5).

(2) Para la legislación estatal, aparte de los clásicos estudios de M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Las Denominaciones de Origen*, Barcelona, 1996, y M. J. BOTANA AGRA, *Las Denominaciones de Origen*, Madrid-Barcelona, 2001, *vid.* C. ZORZANO SANTAMARÍA, «Protección del origen y calidad de los vinos», en *Cuadernos de Derecho Agrario*, 1, 2004, pág. 427 y sigs., y A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Aproximación al régimen jurídico vitivinícola español: algunos aspectos significativos de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino», en *Cuadernos de Derecho Agrario*, 2, 2005, pág. 303 y sigs.

(3) Propuesta de la Comisión para la Regulación del Consejo. Sobre la Organización Común del Mercado del vino y la enmienda de ciertas regulaciones (Borrador), publicada a mediados de 2007 para entrar en vigor el 1 de agosto de 2008.

(4) Asuntos WT/DS174 y DS290/R, según refieren E. L. LAURENZA y P. R. VERGANO, «Repertorio dell'attività giurisdizionale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio», en *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2006, págs. 1045-1046.

(5) Estudia su gestación F. GONZÁLEZ BOTIJA, «Novedades normativas de cara a la reforma de la OCM del vino», en *Cuadernos de Derecho Agrario*, 3, 2006, pág. 51 y sigs., y el respectivo régimen interno, en especial el norteamericano, E. M. APPIANO y S. DINDO, «La pratiche enologiche e la tutela delle denominazioni d'origine nell'Acordo UE/USA sul commercio del vino», en *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2007, pág. 455 y sigs.

3. OTRAS FIGURAS DE CALIDAD

En la actualidad, hay que destacar que han aparecido nuevas figuras o referencias de calidad controlada, las cuales confieren, en ciertos casos, una protección similar a las que tutelan los vinos protegidos. Se trata de figuras tales como las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen que amparan otros productos agrícolas y alimenticios y las especialidades tradicionales garantizadas de dichos productos (6), así como las relativas a las bebidas espirituosas, la producción ecológica, la producción integrada y las marcas de garantía. La sola enumeración de estas figuras nos muestra son diferentes por su objeto y requisitos de las que protegen la producción y la venta de los vinos, salvo el paralelismo que guardan los sistemas de control de los VCPRD con las mencionadas marcas de garantía. A pesar de estas diferencias, parece ser acertado el modelo integrador que ha seguido la reciente Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha, que agrupa todas estas figuras en un texto legal unitario; también menciona los vinos, pero no los regula, sino que se limita a una remisión a la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y del Vino de Castilla-La Mancha para el régimen de los VCPRD.

4. RÉGIMEN ESPECIAL

Por su parte, la protección de los vinos se articula en torno a un tipo especial de signo distintivo de procedencia que, desde el antiguo Estatuto del Vino de 1932, tiene un régimen propio que los separa de las marcas y nombres comerciales, que se rigen hoy por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Acaso por influencia francesa, este régimen se centra en las denominaciones de origen (DO), con una fuerte intervención administrativa que, una vez cumplidos determinados requisitos de calidad, confiere la facultad de uso exclusivo del nombre geográfico y correlativamente el *ius prohibendi* para impedir las utilizaciones indebidas. A esto se une, en épocas más recientes, la figura más laxa de las indicaciones geográficas (IG), que provienen del doble influjo alemán y anglosajón, y se entienden como un escalón inferior e intermedio entre los VCPRD y los vinos que no lo son. Pero es llamativo que sus efectos y alcance protector sean exactamente los mismos que los de las DO.

(6) Reguladas, respectivamente, por los Reglamentos (CE) 510/2006 y 509/2006, de 20 de marzo de 2006. Sobre estas figuras y las demás mencionadas en el texto, A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La protección de la calidad agroalimentaria en España y el desarrollo rural*, en curso de publicación.

5. NATURALEZA JURÍDICA

Importa destacar que la protección de unas y otras, según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, no sólo constituye una excepción admitida a la libre circulación de mercaderías en el mercado interior, sino que pertenece al ámbito de la propiedad industrial o comercial (7) —o de la propiedad intelectual, en el amplio sentido anglosajón—. En similares términos, en el marco de la OMC se ha declarado que es también excepcional en el contexto del libre comercio y que es igualmente compatible con la marca comercial y no perjudica al titular de la misma, como se desprende con claridad de la resolución internacional antes mencionada. De aquí que, aparte de constituir un privilegio legal, su contenido esencial se desdoble siempre, por un lado, en el monopolio del uso exclusivo del nombre geográfico y, por otro, en la facultad de exclusión de cualquier otro interesado en utilizar el nombre protegido.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha estimado lo contrario en la STC 211/90 (Pleno), de 20 de diciembre de 1990, según la cual la denominación de origen es de carácter comunal e inapropiable, y se aleja por ello de la concepción individualista y exclusivista que caracteriza a la propiedad industrial (8); pero este criterio está determinado por el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, aun cuando no la tienen en materia de propiedad intelectual e industrial, la han asumido sobre las denominaciones de origen y otras indicaciones de procedencia (9). El criterio apuntado aparece sesgado por estos condicionantes y, pese a su relevancia, debe permanecer aislado, sin alterar, por consiguiente, la concepción imperante que incluye estas figuras en la propiedad industrial, dedido a que su protección es sustancialmente igual a la de las marcas comerciales.

No obstante, lo mismo las DO que las IG mantienen todavía unos rasgos propios, aunque no sean sustantivos, que las distinguen en la variada tipología de las marcas. Destaca en los vinos una pesada intervención administrativa que se manifiesta, entre otros aspectos, en que los nombres geográficos sean de dominio público, en el reconocimiento oficial de los niveles de

(7) Cfr. las sentencias del TJCE de 9 de junio de 1992 y 16 de mayo de 2000. Las comenta F. GONZÁLEZ BOTIJA, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la protección de la Denominación de Origen Calificada Rioja y la obligatoriedad del embotellado en la zona de producción*, El Derecho Agrario entre la Agenda 2000 y la Ronda del Milenio, coord. por A. CARRASCO PERERA y A. CARRERERO GARCÍA, Cuenca, 2001, pág. 537 y sigs.; asimismo, M. J. BOTANA AGRA, *op. cit.*, pág. 159 y sigs.

(8) *Vid.* el comentario de M. J. BOTANA AGRA y M. M. MAROÑO GARGALLO, «Las piedras ornamentales como objeto protegible por denominaciones de origen», en *Anuario de Derecho Industrial*, XIV, 1991-2000, pág. 207 y sigs.

(9) Por ejemplo, el artículo 32.1.7.^a y 32.^a del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Sobre esto, *vid.* L. POMED SÁNCHEZ, «Distribución de competencias en el sector vitivinícola», en *Cuadernos de Derecho Agrario*, 1, 2004, pág. 377 y sigs.

protección o en la anómala personalidad jurídica pública de algunos consejos reguladores. Esto separa netamente los nombres geográficos y las marcas comerciales de tipo individual, mientras que la titularidad colectiva y las asociaciones privadas que gestionan las IG las aproximan notablemente a las marcas colectivas. Por eso, el estudio de sus relaciones recíprocas ayuda a perfilar mejor el concepto de los nombres geográficos y la protección jurídica de los vinos.

II. CONCEPTOS DE DO E IG Y MARCAS COMERCIALES

1. NOCIONES LEGALES

En términos generales, es la Ley estatal la que nos ofrece las nociones básicas que se inspiran en la definición de las IG del Reglamento comunitario, mientras que la Ley autonómica determina los requisitos exigibles a los vinos para su adscripción a los diversos niveles de protección, como veremos más adelante. De acuerdo con el citado Reglamento europeo, y vistos los artículos 23 y 24 ADPIC (10), se entiende que las IG son indicaciones que identifican un producto como originario del territorio de un tercer país que sea miembro de la OMC o de una región o localidad de ese territorio, siempre que puedan atribuirse esencialmente a ese origen geográfico una determinada calidad, reputación o unas características específicas del producto (art. 50.2) (11).

Por su lado, la Ley estatal se mantiene fiel a la tradición dualista, y por eso desdobra esta noción comunitaria en la nueva IG y la antigua DO. Según esta Ley, en España hay que entender que la IG designa un vino de calidad

(10) Es de notar que, aunque el artículo 23 establece una protección adicional de la IG de los vinos y bebidas espirituosas, tal protección es más objetiva e inmediata que la prevista por el artículo 22 para todas las IG, pero no se traduce en una DO. No obstante, el artículo 24 determina el régimen transitorio hasta nuevas negociaciones encaminadas a mejorar la protección de los vinos y las bebidas espirituosas. Para este régimen, J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual», en *Anuario de Derecho Industrial*, XVI, 1994-1995, pág. 33 y sigs. No se trata de una protección internacional, sobre todo por la falta de un registro único, como advierte J. AUDIERT, «Indicaciones geográficas y globalización», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 49, 2006, pág. 41 y sigs., sino que debe ser aplicada en el Derecho interno de los Estados miembros.

(11) En cambio, la Propuesta de reforma de la Comisión distingue la DO y la IG; mientras la DO requiere que la calidad y características del vino se deban esencialmente o exclusivamente al medio geográfico, las uvas procedan del mismo y se obtenga de variedades pertenecientes a *Vitis vinifera*, la IG exige que la calidad, características o reputación sean atribuibles esencialmente al origen geográfico, el 85 por 100 de la uva proceda exclusivamente de la zona y el vino resulte del cruce entre uvas de la citada variedad y otras especies del género *Vitis* (art. 27.1).

producido y elaborado en una región, comarca, localidad o lugar determinado con uvas procedentes de los mismos, cuya calidad, reputación y características se deban al medio geográfico, al factor humano o a ambos, en lo que se refiere a la producción de la uva, a la elaboración del vino o a su envejecimiento (art. 21.1). Y asimismo, la DO es el nombre de una región, comarca, localidad o lugar determinados, que haya sido reconocido administrativamente para designar los vinos elaborados con uvas procedentes de los mismos, con un elevado prestigio comercial debido a su origen, y cuya calidad y características se deben fundamental o exclusivamente al medio geográfico que incluye los factores naturales y humanos (art. 22.1).

2. NOTAS ESENCIALES Y DIFERENCIAS

Sin entrar en los antecedentes, es fácil constatar que ambas figuras concuerdan en sus notas esenciales y se distinguen solamente por una mayor o menor dependencia del medio territorial. En efecto, el nombre de una y otra sólo puede expresarse en palabras del idioma castellano u otro oficial, pero no en otros signos susceptibles de representación gráfica, como imágenes, símbolos, cifras, formas tridimensionales o sonidos; y además, el nombre debe aludir a una determinada localidad geográfica según la denominación atribuida por la cartografía o por el uso social. Por otra parte, en ambos casos, lo mismo en la IG que en la DO, el vino ha de ser producido y elaborado con uvas procedentes de la región. Y por último, los rasgos que distinguen a estos vinos se deben a los factores naturales y humanos que son los propios del medio geográfico en que se producen y elaboran.

Es en esta última nota esencial donde radica la diferencia, pues es más estricta en la DO y, a su vez, menos intensa en la IG. En efecto, la dependencia territorial en la DO es decisiva para las características especiales del vino, ya que las determina en buena medida el medio geográfico. De este modo, todas las características del vino, o algunas de las más importantes, dependen de su origen territorial, lo mismo fundamental que exclusivamente; si hay otros factores, sólo pueden influir de forma secundaria en el resultado final y nunca pueden ser los determinantes del mismo.

Asimismo, en la IG este nexo territorial también ha de existir, pero es menos exigente, basta una relación de causalidad más relajada. Y ello es así por dos motivos diferentes. Por un lado, porque aquí la influencia del medio geográfico puede afectar, no sólo a la calidad o características del vino, sino además a su reputación, que puede deberse a muy distintas causas, como la fama, las prácticas enológicas o los cultivos integrados y ecológicos. La reputación en este sentido no equivale al prestigio en el tráfico comercial, puesto que no se traduce necesariamente en un mayor precio, mientras que este prestigio comercial sólo es propio de las DO, pero no de las IG.

Aun cuando se pueda dudar de lo anterior, hay otro motivo que permite distinguir estas figuras con gran nitidez, y es que el influjo geográfico incide en la IG en una forma más amplia que en la DO, ya que puede tener por objeto o bien la producción de la uva, o bien la elaboración del vino o bien, en fin, el envejecimiento del mismo, siendo indiferente que recaiga indistintamente sobre una, dos o las tres fases por las que atraviesa el proceso de obtención del vino. En cambio, en la DO ya vimos que el medio geográfico determina fundamental o, aún más, exclusivamente la calidad y las características del vino.

Así, pues, entre las dos figuras hay a este respecto una suerte de *continuum* de intensidad o de grado, más fuerte en la DO y más débil en la IG, lo que explica los mayores requisitos, en especial de antigüedad, que se exigen para el reconocimiento administrativo de la primera que de la última.

De aquí que sea habitual afirmar que tanto la DO como la IG requieren el concurso de dos elementos, uno territorial y otro de calidad, y que es la existencia de este doble vínculo lo que define los nombres geográficos y los distingue de los signos de índole mercantil (12).

3. CONTRASTES CON LAS MARCAS

En efecto, aunque las indicaciones de procedencia apuntan también a un origen, que puede ser empresarial, de materias primas o territorial, pueden coincidir con los nombres que estudiamos cuando aluden a una zona geográfica, pero difieren en el segundo vínculo, puesto que no enuncian una determinada calidad. Por otra parte, y conforme a la Ley de Marcas, algo semejante ocurre con la marca individual, ya que coincide también al indicar la procedencia y acaso la calidad (art. 4), pero aquí el origen no es geográfico sino empresarial, dado que la marca pertenece al fabricante del producto y puede coexistir —y de hecho coexiste— con los nombres geográficos.

Además, la marca colectiva confiere a una asociación de empresarios, tal vez situados en una misma localidad, el uso de determinada denominación, que incluso puede ser también geográfica (art. 62); pero igual que en el caso anterior la procedencia de la marca colectiva es de naturaleza empresarial y no territorial, y por eso se distingue netamente de la IG, pese a que se gestiona asimismo por una asociación de productores.

Finalmente, la marca de garantía asegura que una empresa o un grupo de empresas cumplen determinados requisitos comunes de calidad, componentes u origen geográfico bajo la certificación de una entidad dependiente de la

(12) Para los detalles, *vid.* M. J. BOTANA AGRA, *op. cit.*, pág. 20 y sigs., y M. M. MAROÑO GARGALLO, *Protección jurídica de las Denominaciones de Origen en los Derechos español y comunitario*, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 61 y sigs., con abundantes referencias.

empresa o, en su caso, del grupo de empresas (art. 68). Aquí el paralelismo con los sistemas de control de los VCPRD salta a la vista, pero difieren en la naturaleza de la entidad certificadora. En el caso de los vinos puede ser pública, como el Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León, o privada, pero, a diferencia de la figura mercantil, es siempre autónoma e independiente del consejo regulador de la DO y de la asociación gestora de la IG.

Con todo, estas diferencias no deben ocultar la equivalencia funcional de los nombres geográficos y las marcas y nombres comerciales, ya que convergen en el hecho de constituir un signo que permite identificar un determinado producto en el mercado y al mismo tiempo lo distingue de los productos semejantes.

4. CUESTIONES DE *LEGE FERENDA* Y NORMAS DE COORDINACIÓN

Por eso, debemos preguntarnos *de lege ferenda* si los nombres geográficos están fundadamente justificados en un mercado que se basa en la libre circulación de bienes y servicios o si, por el contrario, deberían ser absorbidos por las marcas, acaso como una particularidad dentro de las mismas; igualmente, cabe cuestionarse si es defendible el régimen de las DO, que mantiene en marcado carácter administrativo, en un mercado liberalizado, en el que intervención pública es vista con un carácter indudablemente excepcional; a continuación, puede discutirse si el mercado del vino presenta suficientes peculiaridades como para no poder asimilarse a los demás productos agroalimentarios, al menos, en la fase de comercialización. Y a todo ello se añade la contradicción ética que representa, por un lado, conceder un privilegio empresarial para la explotación económica del vino y, por otro, recomendar un consumo moderado e incluso restringido sobre todo por los jóvenes y los conductores de vehículos a motor.

En suma, a primera vista da la impresión que estamos ante una triple especialidad de los nombres geográficos, debida a la intervención pública y a la existencia de un régimen propio, lo mismo frente a las marcas que ante las otras figuras de calidad agroalimentaria. Asimismo parece que esta especialidad se ha venido manteniendo un tanto acríticamente por respeto a una tradición histórica, no exenta de cierto romanticismo decimonónico, impuesta por las grandes bodegas que han dominado el mercado, tanto interno como internacional, desde mediados del siglo XIX. Pero es claro que, hoy en día, la especialidad de los nombres geográficos está necesitada de una profunda y detenida revisión. Aunque estas u otras cuestiones sean perfectamente pertinentes, debemos atenernos aquí a las normas en vigor, que intentan evitar las interferencias entre los nombres geográficos y las marcas y nombres comerciales, a la vez que procuran la coordinación entre sí.

En este sentido, la Ley estatal proclama que los nombres geográficos protegidos son de dominio público y no pueden ser objeto de apropiación individual (art. 17.1), por lo que no pueden inscribirse como marca española, comunitaria ni internacional; asimismo, las marcas, nombres comerciales y las razones sociales de las sociedades mercantiles, que hagan referencia a nombres protegidos en un determinado nivel, sólo podrán ser utilizados para designar vinos pertenecientes a este nivel de protección (art. 18.4).

Lo que reitera el Reglamento autonómico (art. 23.2), según el cual compete además al reglamento específico de cada VCPRD establecer las condiciones para el uso de las marcas y nombres comerciales (art. 23.3), mientras la Ley castellana determina que dicho reglamento podrá limitar el uso de las marcas por parte de los operadores inscritos, si bien el Consejero de Agricultura y Ganadería, y sólo él, puede autorizar la utilización de una marca acogida a un nivel determinado para la comercialización de un vino que no goce de ese nivel de protección (art. 13.2).

Finalmente, la Ley de Marcas otorga una eficaz tutela a los nombres geográficos protegidos que se concreta principalmente en la prohibición absoluta de inscribir marcas que se compongan exclusivamente por la indicación de procedencia geográfica (art. 5), así como en la nulidad absoluta de las mismas (art. 51), y la denegación de la transmisión de una marca si induce a error sobre la procedencia geográfica del producto (art. 47), sin perjuicio de la posible aplicación analógica a los nombres que estudiamos de algunas prohibiciones relativas (art. 6) y la consiguiente nulidad relativa de la marca ya inscrita (art. 52.1) (13).

No es este el momento oportuno para ocuparnos con detalle de esta protección; pero llama la atención que la Ley citada cierre el Registro de Marcas a nombres geográficos falsos o engañosos en materia de vinos. En concreto, dispone que no se pueden registrar los signos que identifican vinos o bebidas espirituosas con indicaciones de procedencia geográfica cuando los vinos o bebidas espirituosas no tengan esa procedencia, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como «clases», «tipo», «estilo», «imitación» u otras análogas (art. 5.1.h). Y esto es llamativo porque coincide, como veremos, con parte del *ius prohibendi* que la Ley estatal confiere al titular de los nombres que nos ocupan (art. 18.3).

(13) Ampliamente, conforme a la Ley de Marcas anterior, M. J. BOTANA AGRA, *op. cit.*, pág. 127 y sigs., y M. M. MAROÑO GARGALLO, *op. cit.*, pág. 149 y sigs.

III. NIVELES DE PROTECCIÓN

1. REGLAS COMUNES

La protección de los vinos de Castilla y León se acomoda al sistema establecido por la Ley estatal. Por eso, tras unos principios generales, enumera los niveles de protección, admite la superposición de los mismos, describe los requisitos de cada nivel y fija el procedimiento para el reconocimiento y la extinción de tales niveles.

En lo que concierne a los primeros, hay que decir que no se trata de verdaderos principios generales, sino que estamos ante los objetivos que persigue el sistema de protección. Para nuestra Ley, estos objetivos se refieren a los extremos siguientes: *a)* calidad y diversidad de los vinos; *b)* competencia leal entre los operadores; *c)* protección de los consumidores, en particular mediante la transparencia del etiquetado; *d)* superposición de los niveles de protección, de modo que los grados más altos impliquen mayores exigencias que los inferiores; *e)* contar con un órgano de control externo, lo mismo público que privado (art. 10). Aunque se omite aquí que el cultivo de la vid favorece el desarrollo sostenible —dado que respeta el medio ambiente y fija la población en el medio rural— esto figura como uno de los criterios que han de orientar las campañas de promoción financiadas con fondos públicos (art. 2.2.c).

Asimismo, igual que en la Ley estatal, la Ley autonómica clasifica los vinos de Castilla y León en dos niveles de protección, que son los vinos de mesa y los VCPRD; los primeros se subdividen en vinos de mesa a secas —o sin ninguna indicación territorial— y en vinos de la Tierra de Castilla y León, en tanto los últimos abarcan estos cuatro también llamados niveles de protección: 1) vinos de calidad con IG; 2) vinos con DO; 3) vinos con denominación de origen cualificada (DOC); 4) vinos de pagos (art. 11.1). Por supuesto que la elección de cada nivel es libre, siempre que se cumplan los requisitos de su reglamento específico (11.2).

En efecto, según el Reglamento autonómico, la opción de un empresario por un nivel determinado de VCPRD permite la inscripción en el órgano de gestión, salvo sanciones administrativas, y cuyo cumplimiento se ha de verificar por la entidad de control (art. 21.2). Esto quiere decir que el ingreso es también libre y que sólo se puede denegar por causas tasadas y debidamente acreditadas ante el órgano de gestión, con el correspondiente recurso ante la Consejería y luego ante los tribunales contencioso-administrativos.

Además, la superposición de niveles consiste en una estructura piramidal en cuya base se sitúan los vinos con menos exigencias y mayor rendimiento por hectáreas, mientras que en cúspide están los vinos de mayores exigencias y menores rendimientos. Así, mientras en la base de la pirámide figuran los vinos de mesa, con o sin la indicación de vino de la Tierra de Castilla y León,

en el vértice aparecen los vinos de calidad amparados por una DOC. Lo importante es que estos niveles pueden coexistir en una misma parcela, con la ventaja de que, una vez superado el rendimiento máximo de un nivel superior, la uva sobrante no debe destinarse necesariamente a vino de mesa sino que sirve para la elaboración de otro vino de calidad (14).

En este sentido, la Ley autonómica establece que cada parcela debe proporcionar uva para un único nivel de protección en cada campaña, pero exige que el reglamento específico establezca el procedimiento para comunicar al órgano de gestión que la uva va a ser destinada a un nivel distinto, al tiempo que permite que la uva que exceda de los rendimientos máximos establecidos para el nivel de protección se destine a un nivel de rendimiento superior —y, por tanto, de calidad inferior— o, en su defecto, a otros usos (art. 12). En suma, aunque en principio la parcela debe destinarse a un único nivel por campaña, cabe el cambio sobrevenido a otro nivel, siempre que sea de mayor rendimiento y, por consiguiente, de más baja calidad e incluso la uva puede dedicarse a usos distintos de la elaboración de vinos.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

Es de notar que la descripción de los vinos comprende las características y requisitos de cada tipo, con excepción del vino de mesa sin denominación geográfica, que carece de protección especial y se rige exclusivamente por las reglas mercantiles en materia de sociedades, marcas y competencia desleal. Por el contrario, los vinos de la Tierra de Castilla y León ostentan un nombre geográfico y entendemos que están amparados, por lo tanto, por la misma protección especial que es propia de las DO y la IG, aunque no se trate de un VCPRD.

A nuestro juicio, esta consecuencia, que no se ha establecido expresamente, se basa en dos razones diferentes, una formal y otra de fondo. La razón formal es que tanto la Ley estatal (art. 18.1) como la Ley autonómica (art. 13.1) protegen los nombres geográficos asociados a cada nivel, sin establecer distinción alguna, de donde se infiere que están comprendidos lo mismo los vinos de mesa con denominación territorial que los VCPRD, todos los cuales gozan consiguientemente de la misma tutela jurídica. La razón de fondo radica en que esta protección es, en rigor, independiente de la calidad interna o intrínseca de los vinos, de sus características enológicas y de las condiciones requeridas por cada nivel, como lo muestra el hecho de que la protección y las facultades que confieren las DO y las IG sean exactamente las mismas, aun cuando amparen vinos de características diferentes.

(14) Para esto, A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *Aproximación*, cit., págd. 323-324.

Si esto es así, nada impide que la tutela se extienda, asimismo, a los vinos de la Tierra de Castilla y León, puesto que su nombre geográfico está también protegido, aunque no pertenezcan a ninguna categoría comprendida en los VCPRD. Esto significa que los vinos protegidos no se limitan a los amparados por una DO o una IG sino que abarcan, además, los vinos de mesa con derecho a la mención tradicional vino de la tierra y, en concreto, los vinos de la Tierra de Castilla y León.

Lo anterior pone de relieve —y conviene resaltarlo— que la terminología legal es inexacta ya que los distintos niveles de protección, en lugar de establecer diferentes grados de protección más o menos intensa o extensa, se refieren solamente a los diversos requisitos técnicos o a las características del vino debidas al medio, que determinan su calificación en los correspondientes niveles, a pesar de que todos los niveles merecen igual protección. Se trata más bien de distintos niveles de calidad de los vinos que, a pesar de sus diferentes exigencias, tienen los mismos efectos y consecuencias jurídicas, esto es, lo que usualmente se llama protección. Sin embargo, estos niveles de calidad pueden ser distintos dentro de cada clase o nivel de vinos, dado que la denominación territorial no asegura por sí misma una determinada calidad del producto sino tan sólo unas características homogéneas que se deben a la procedencia geográfica del vino, y en este sentido se pueden considerar externas al vino. Lo que puede explicar, pero no justificar, la inexactitud terminológica de nuestro legislador.

3. VINOS PROTEGIDOS

Así las cosas, los vinos de la Tierra de Castilla y León, según la Ley estatal, deben proceder de un territorio vitícola delimitado, que este origen confiera a los vinos unas características específicas por sus condiciones ambientales y de cultivo, y cuya indicación geográfica señale el área territorial, las variedades de vid, los tipos de vinos amparados, el grado alcohólico volumétrico y las características organolépticas (art. 19).

De aquí que la Ley autonómica exija que sea elaborado con uvas procedentes en su totalidad de plantaciones de vid inscritas en el Registro Vitícola de Castilla y León; que su elaboración y envasado se realice en bodegas ubicadas en la región y que esté sometido a un sistema de control (art. 14), que según el Reglamento se puede encomendar a cualquier entidad de certificación de productos agroalimentarios debidamente inscrita y habilitada al efecto (art. 24.3).

Por otro lado, con pleno respeto a la normativa básica y conforme a los conceptos que conocemos, la Ley autonómica establece que son vinos de calidad con IG los producidos, elaborados y envasados en una comarca, lo-

calidad o lugar geográfico de Castilla y León, con uvas procedentes en su totalidad del mismo territorio, cuya calidad, reputación o características se deban al medio geográfico, al factor humano o a ambos, en lo que se refiere a la producción de la uva, a la elaboración del vino o a su envejecimiento, y que cuenten con un órgano de gestión —una asociación privada sometida a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación— y un sistema de control (art. 15).

Además, los vinos con DO requieren un nombre geográfico de Castilla y León, incluso el de la propia región, siempre que procedan exclusivamente de terrenos aptos para el cultivo de la vid, sean producidos, elaborados y envasados en la zona, su calidad y características se deban fundamental o exclusivamente al medio geográfico, disfruten de un elevado prestigio en el tráfico comercial en atención a su origen y hayan sido reconocidos previamente con una IG con cinco años de antelación, aparte de contar con órganos de gestión y control (art. 16).

Igualmente, los vinos con una DOC son aquellos que tengan una DO de diez años de antigüedad, se sometan a un control cuantitativo y cualitativo, lo mismo físico-químico que organoléptico, por lotes homogéneos, se elaboren y embotellen en bodegas inscritas, separadas y dedicadas exclusivamente a esta clase de vinos y procedan de zonas cartográficamente delimitadas, en cada término municipal, que sean aptas para producirlos (art. 17). Sin embargo, precisa el Reglamento que estas bodegas pueden elaborar vinos no acogidos a los dos niveles anteriores si proceden de viñedos inscritos en Castilla y León y se mantienen independientes y separados (art. 25).

En seguida, sobre los vinos de pagos no entraremos en demasiados detalles. Para la Ley autonómica el «pago» es un paraje o sitio rural uniforme y distinto de su entorno en el que se producen, elaboran y embotellan vinos con rasgos singulares de forma tradicional y notoria (art. 18.1), que el Reglamento fija en un período mínimo de cinco años (art. 26.1). Estos vinos están sujetos a un régimen de calidad integral que exige un doble registro, según el Reglamento, uno llevado por los viticultores y otro a cargo de las bodegas (art. 26.4). Nuestra Ley establece que estos vinos se deben producir, por regla general, en una zona amparada por un VCPRD (art. 18.6). Se trata, pues, de un vino de fabricación casi artesanal, de poco rendimiento y esmerada calidad.

En suma, existe aquí una especie de escalafón de tres peldaños en el que el inferior corresponde a la IG, el intermedio a la DO y el superior a la DOC, con la peculiaridad que se puede ir pasando de uno a otro por el transcurso del tiempo.

4. RECONOCIMIENTO Y DERECHOS PREVIOS

Por último, el reconocimiento de todos los niveles de protección es siempre oficial, tanto para los vinos de la Tierra de Castilla y León como para los cuatro tipos de VCPRD, y se otorga por el Consejero de Agricultura y Ganadería mediante un procedimiento que se tramita por el Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León. Este procedimiento se regula pormenorizadamente en la Ley (arts. 19-23) y, sobre todo, en las disposiciones reglamentarias (arts. 27-32), a las que por razones obvias nos remitimos.

En términos generales, están legitimados para solicitar el reconocimiento tanto agricultores como bodegueros, de forma individual o a través de sus agrupaciones o asociaciones, de modo que se puede tratar de una sociedad mercantil, una cooperativa, acaso una fundación, y la asociación puede ser, en particular, el órgano gestor de una IG para pasar a una DO, así como el consejo regulador de una DO que pide se califique como una DOC. Se requiere acreditar por cualquier medio una vinculación *de facto* de índole profesional, económica y territorial con los vinos de la zona, debida, conforme al Reglamento, a la actividad profesional del o de los solicitantes (art. 28.2).

En especial, el nombre geográfico solicitado debe ser preciso y estar justificado y relacionado con la zona del mismo nombre. Ha de pertenecer al territorio de la Comunidad Autónoma, pues, si incumbe a varias, la Ley estatal atribuye la competencia al Estado (art. 18.1-II), al que corresponde en todo caso la comunicación, una vez otorgado el reconocimiento, a la Unión Europea para su protección comunitaria e internacional (art. 20.3).

Asimismo, el Reglamento autonómico exige una certificación negativa de que no existen derechos previos inscritos en el Registro Mercantil Central, ni en la Oficina Española de Patentes y Marcas o en la Oficina Europea de Armonización de Marcas Industriales; si el nombre estuviera registrado, se ha de indicar el actual titular de la marca o del nombre comercial y si es posible una autorización que habilite para su utilización (art. 28.3.b).

Ante todo, es de resaltar que esta norma reglamentaria suscita cierta perplejidad, al menos, por tres razones distintas: 1) Primera, porque, aunque está amparada en parte por la Ley autonómica (art. 20.1.a.2.º), carece de rango normativo suficiente para regular aspectos tan estrechamente relacionados con los derechos subjetivos como son las denominaciones sociales, las marcas y los nombres comerciales. 2) Segunda, estamos ante una materia de nítida naturaleza mercantil, que la Constitución reserva en exclusiva al Estado (art. 149.1.6.ª), o que afecta a la ordenación de los Registros Públicos, igualmente reservada en exclusiva al Estado (art. 149.1.8.ª), por lo que la Comunidad Autónoma no puede entrar en ella con el pretexto de regular la protección de los vinos mediante las denominaciones geográficas. 3) La tercera razón es que si los nombres geográficos son de dominio público, lo

mismo estatal que autonómico, como veremos en su momento, raro es que puedan haber accedido a los Registros mencionados.

Por lo que respecta a los derechos previos, pueden presentarse varios supuestos, todos excepcionales en la práctica. Así, el nombre geográfico solicitado podría coincidir con una DO previamente inscrita en el Registro Mercantil Central, Sección de Denominaciones, dado que el artículo 397 del Reglamento del Registro Mercantil permite la inscripción de las DO a solicitud del consejo regulador, acompañada de la Orden de reconocimiento, lo que habrá que extender a las IG por analogía; por otro lado, podría ser homónimo con la razón social de una sociedad mercantil que consista en el nombre y apellidos de un socio, con arreglo a lo previsto por los artículos 400 y 401 del Reglamento citado; cabe, en fin, que sea idéntico a una denominación social ya inscrita o incluso no inscrita pero notoria, en cuyo caso no procede la inscripción en dicho Registro, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 407 del mismo Reglamento (15). En casos procede la denegación del nombre geográfico solicitado, salvo la autorización del titular de la DO y de la sociedad homónima o con denominación idéntica.

Respecto de los signos distintivos, el nombre pedido podría constituir una marca previamente solicitada o registrada, lo mismo que un nombre comercial solicitado o registrado con anterioridad. Pero, como sabemos, la Ley de Marcas determina la nulidad absoluta de tales signos cuando aludan a la procedencia geográfica del vino o su nulidad relativa, cuando exista además un riesgo de confusión en el público, así como la caducidad por este mismo motivo (arts. 5, 6, 7 y 55), por lo que podrían ser declarados sin efecto y no deberían impedir que la Administración autonómica conceda el nombre geográfico solicitado. En cambio, parece que tendrían verdadera preferencia las marcas y nombres comerciales notorios y renombrados en España, aunque no se refieran a vinos, puesto que también impiden el registro de las marcas y los nombres comerciales (art. 8). Igual que ante el conflicto con el Registro Mercantil Central, solamente en este caso procedería la autorización del titular, que puede ser con o sin precio, pero es un pacto privado entre los interesados al que es ajena la Administración, sin perjuicio de que por su mediación se pueda facilitar el acuerdo.

(15) A la inversa, aunque la DO no figure inscrita en el Registro Mercantil Central, siempre que sea notoria, opina M. M. MADROÑO GARGALLO, *op. cit.*, pág. 162, que una interpretación amplia y teleológica del artículo 407.2 RMM permitiría excluir la inscripción de una nueva sociedad. Apuntemos que este supuesto es ahora más probable que bajo el Estatuto de 1970, ya que la Ley estatal obliga a las Comunidades Autónomas a comunicar al Ministerio los VCPRD reconocidos para su publicación en el *BOE* y su protección —siempre previa inscripción— nacional, comunitaria e internacional (art. 32.1). No obstante, no es una norma de carácter básico y no se ha recogido por la normativa de Castilla y León; de aquí la sospecha sobre la probabilidad indicada.

5. REGLAMENTO ESPECÍFICO Y ORDEN ADMINISTRATIVA

Otro aspecto de interés es la norma específica o el reglamento de los VCPRD, que se propone por el órgano de gestión y también requiere aprobación administrativa. De acuerdo con el Reglamento autonómico, el contenido mínimo es bastante extenso y detallado, a la vez que debe prever extremos tales como el número mínimo de cepas por hectárea, prácticas culturales, rendimiento máximo por variedad y superficie, tipos y clases de vinos protegidos, graduación alcohólica, cualidades organolépticas y enológicas referidas a la acidez, anhídrido sulfuroso y azúcares reductores, o las condiciones para el cambio de nivel de protección o la descalificación (art. 32).

En particular, la Ley castellana permite que este reglamento limite el uso de las marcas (art. 13.2), lo que el titular puede aceptar por vía convencional o por el acuerdo adoptado por el órgano gestor de conformidad con sus estatutos. Además, el Reglamento autonómico establece que cuando el nombre geográfico protegido coincida con una marca, nombre comercial o razón social —que no se hayan declarado nulos o caducados— lo mismo que los nombres de municipios, únicamente pueden utilizarse en el etiquetado de vinos del correspondiente nivel de protección, de la misma manera que no se puede impedir el uso de marcas o nombres comerciales para distintos vinos que gocen de igual nivel de protección en el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 23.2 y 3).

Finalmente, el procedimiento culmina, si es favorable, con una Orden del Consejero que reconoce oficialmente el nivel de protección y, según la Ley autonómica, debe determinar por lo menos la zona de producción y crianza de los vinos, las variedades de uvas utilizables, los tipos de vino, los sistemas de cultivo y elaboración y los rendimientos máximos de producción y transformación (art. 22). Cabe, por otra parte, la revocación del reconocimiento por la propia Administración en caso de incumplimiento de las normas de gestión y control, que habrá de ser reiterado, pues procede una vez transcurrido el plazo de cinco años desde la Orden que otorga el reconocimiento (art. 23).

De aquí se desprenden dos consecuencias importantes. Una es que la duración del reconocimiento administrativo es indefinida, con lo cual se prolonga en el tiempo hasta su revocación, en el caso eventual que tenga lugar, a la par que evita que el nombre geográfico devenga una indicación genérica de libre utilización. Y la otra radica en que la Orden de reconocimiento hace que el nombre solicitado pase a ser un nombre geográfico protegido, que se asigna al órgano gestor y a partir de ese momento surgen las facultades de uso exclusivo y de exclusión.

IV. TITULARIDAD Y PROTECCIÓN

1. DISTINTAS TITULARIDADES

Dada la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se comprende bien que sea la Ley estatal la que regule los efectos sustantivos que se derivan del reconocimiento del nivel de protección, y lo hace por medio de normas de carácter básico relativas a la titularidad y protección de los nombres geográficos; lo que se entiende sin perjuicio de las excepciones admitidas por la normativa comunitaria, de la que podemos prescindir por estar en vías de modificación. Por eso, son también escasas las previsiones de las normas autonómicas al respecto.

Sobre la titularidad de los nombres geográficos, el panorama del Derecho comparado aparece dividido. Junto a ordenamientos que la reservan al Estado, hay otros que la asignan a los particulares, y dentro de éstos cabe que el titular sea el órgano de gestión, en especial el consejo regulador de las DO y DOC, o que sean los empresarios de la zona geográfica, a los que se les confiere una especie de titularidad colectiva en mano común (16). Pero nuestro sistema no encaja exactamente en ninguno de estos modelos.

En efecto, sabemos que los nombres son de dominio público y que son bienes que no admiten la apropiación individual, como recuerda la Ley estatal (art. 17.1-I). Esto no significa que tales bienes pertenezcan en propiedad a la Administración, ni que sean objeto de una concesión administrativa, en sentido técnico. Antes bien, como hemos visto, el dominio público sólo permite a los órganos administrativos competentes otorgar el reconocimiento del nivel de protección y conceder tutela administrativa al nombre geográfico protegido.

Asimismo, también sabemos que el uso del nombre geográfico se otorga mediante el procedimiento que acabamos de ver, a los legitimados que solicitan el reconocimiento del respectivo nivel de protección, y a los demás viticultores y elaboradores de vino que se integren en el órgano de gestión por estar en la misma situación, se asienten en la zona y cumplan los requisitos y condiciones que establece el reglamento específico del VCPRD. De aquí que podría pensarse en una titularidad colectiva de todos los empresarios autorizados para el uso del nombre geográfico; reforzaría esta interpretación la exclusión legal de la apropiación individual, pues da a entender que el reconocimiento atribuye una propiedad colectiva a favor de todos ellos.

(16) Se muestra favorable a esta última concepción M. J. BOTANA AGRA, *op. cit.*, pág. 120, acaso por un paralelismo excesivo con la marca colectiva. Es también la tesis de J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Denominaciones de Origen españolas para productos no vinícolas», en *Anuario de Derecho Industrial*, VIII, 1982, pág. 403 y sigs. A nuestro modo de ver, lo único común o colectivo es aquí la defensa del nombre geográfico, pero si bien se mira es de naturaleza individual, puesto que su titularidad incumbe a la persona jurídica encargada de la gestión del nombre geográfico.

Pero, por otra parte, es indudable que la utilización del nombre geográfico sólo puede ser de tipo individual ya que no se contempla en norma alguna la actuación *in solidum* de los empresarios integrantes del órgano gestor; lo que no sólo sería absurdo sino contrario a la libertad de empresa que consagra la Constitución (art. 38). Esta configuración no es, pues, de compartir ni se ajusta a la Ley. Es una simple consecuencia, basada en un débil argumento *a contrario*, que vendría a imponer una anómala solidaridad forzosa, sin tener apoyo en nuestro Derecho. El uso del nombre geográfico, por lo tanto, es siempre individual de cada empresario que forme parte de la asociación gestora de la IG o del consejo regulador de la DO o de la DOC.

Por el contrario, la defensa del nombre geográfico entre nosotros no corresponde a los empresarios, ni individual ni colectivamente, sino al respectivo órgano de gestión. Así, la Ley castellana, a propósito de los VCPRD, precisa que el órgano de gestión debe velar por el cumplimiento del reglamento del vino, «debiendo denunciar cualquier uso incorrecto ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes» (art. 26.2.c).

Nótese que la norma es imperativa, a diferencia de la norma estatal (art. 26.2.c) y reconoce una única legitimación activa a favor del órgano de gestión, que le permite actuar con autonomía en la vía administrativa y en la judicial. Esto excluye la intervención individual del empresario interesado, lo que es muy revelador, ya que la facultad para impedir el uso indebido por terceros viene a coincidir con el *ius prohibendi* que confiere el nombre geográfico protegido.

En definitiva, si lo anterior es cierto —como creemos que es— hay que concluir que la titularidad de los nombres geográficos en el Derecho español se articula entre sujetos diversos y a distintos efectos. Por un lado, existe el dominio público que habilita a las Administraciones competentes para otorgar el reconocimiento del nivel de protección, aparte de las funciones de inspección y sanción; por otro lado, tenemos los empresarios adheridos al órgano gestor que, una vez otorgado el reconocimiento, ostentan la facultad del uso exclusivo en la comercialización de los vinos, la cual se incorpora como un bien patrimonial de la explotación agrícola o del establecimiento mercantil; por fin, es el órgano de gestión el único encargado de la defensa del nombre geográfico frente a terceros, que puede actuar de oficio o a instancia de los empresarios interesados (17).

(17) Una disociación semejante propone M. M. MADROÑO GARGALLO, *op. cit.*, pág. 126, respecto al derecho de uso que incumbe a los empresarios y el derecho de exclusión que corresponde al Consejo Regulador.

2. RÉGIMEN DEL NOMBRE GEOGRÁFICO

Así, pues, aclarado así este importante extremo, podemos ocuparnos del régimen aplicable a los nombres geográficos protegidos en lo que concierne a su titularidad y protección. En cuanto al primero, acabamos de señalar que es de dominio público, pero se trata de un dominio público especial, que sólo constituye un título habilitante para otorgar el reconocimiento administrativo del nivel de protección. La competencia territorial determina aquí la competencia funcional para otorgar dicho reconocimiento. Establece la Ley estatal que si el nombre geográfico comprende el territorio de más de una Comunidad Autónoma la competencia corresponde al Estado, mientras que es la Comunidad Autónoma cuando queda incluido en el territorio de cualquiera de ellas (art. 17.1-II). Lo que reitera el Reglamento autonómico (art. 22.2), con una redundancia tan inútil como estéril.

Aunque la Ley habla de titularidad de estos bienes de dominio público, ello no es rigurosamente exacto. Los nombres geográficos no existen antes del reconocimiento administrativo del nivel de protección, ni pueden ser utilizados por la respectiva Administración sin dicho reconocimiento, aun cuando el órgano gestor fuera, por excepción, una entidad pública integrada en la estructura central de la misma. Antes bien, se trata de bienes que forman parte del dominio público en el único y preciso sentido de que están fuera del comercio.

Por eso, no son bienes de uso común, ni *res nullius* susceptibles de ser adquiridos por ocupación, y sólo pueden ser utilizados por quienes están autorizados para ello con arreglo a la Orden de reconocimiento y, a la postre, al reglamento del respectivo VCPRD. De aquí que no se pueda discriminar para el acceso por los particulares al uso privado de los mismos y que la Ley estatal mantenga un criterio abierto según el cual no se puede negar el uso de los nombres protegidos —previa incorporación al órgano gestor— a cualquier persona física o jurídica que lo solicite y cumpla las exigencias de cada nivel de protección (art. 17.3).

3. DERECHO DE USO Y PROHIBICIÓN DE DISPONER

Por su parte, el llamado derecho de uso es ciertamente un derecho subjetivo de naturaleza real, puesto que la exclusiva es inherente a los vinos protegidos y se ejerce *erga omnes*, con eficacia frente a todos. A semejanza de otros signos distintivos, confiere tanto el uso exclusivo como el *ius prohibendi*. La titularidad de este derecho es la que, a nuestro modo de ver, está desdoblada en nuestro ordenamiento entre la facultad de uso y la facultad de

exclusión de los terceros (18). En efecto, como dijimos, mientras la primera pertenece a los empresarios, la última, en cambio, corresponde al órgano gestor. En ambos casos, no sólo está fuera del comercio, sino que es intransmisible y no puede ser objeto de negocios jurídicos; como dice la Ley estatal, estos bienes de dominio público no pueden ser objeto de venta, enajenación y gravamen (art. 17.1.I) (19). Lo que merece algunas observaciones.

Ante todo, estamos de nuevo ante una inexactitud terminológica, puesto que el objeto intransmisible no está constituido por los bienes de dominio público sino por los nombres geográficos protegidos, en concreto, una vez que se ha otorgado el reconocimiento administrativo del respectivo nivel de protección.

Por otro lado, la norma prohíbe solamente la transmisión por acto entre vivos, pero no excluye la transmisión por otros medios, dado que se trata de un bien integrado en la explotación del empresario; por consiguiente, se transmite no sólo por herencia, lo mismo legal que voluntaria, sino en todos los supuestos de sucesión de la empresa, como la fusión o la absorción, así como en los casos de adquisición por un tercero y de extinción por disolución y liquidación de la sociedad. Lo que también vale para las diversas vicisitudes del órgano gestor.

En efecto, lo que la Ley prohíbe es la disposición del derecho sobre el nombre geográfico, tanto por parte de los empresarios como del órgano gestor. Aunque la Ley menciona de forma un tanto reiterativa actos de carácter oneroso —como la emblemática venta— hay que entender que la prohibición se extiende también a las donaciones y otros actos a título gratuito, puesto que el fin perseguido por la prohibición es que el derecho sea intransmisible. Se trata, por ello, de un derecho patrimonial, pero personalísimo, tanto en la vertiente activa que corresponde a los empresarios como en su vertiente pasiva o defensiva que incumbe al órgano gestor.

Además, la prohibición abarca tanto la disposición como la enajenación y el gravamen. De este modo, el derecho sobre el nombre geográfico no se puede dar en garantía, lo mismo la prenda ordinaria que la prenda sin desplazamiento posesorio, ni tampoco está comprendido en la hipoteca del establecimiento mercantil, lo que constituye una notable diferencia con los demás objetos de la propiedad industrial, como la marca o el nombre comercial.

(18) Esta distinción permite superar buena parte de las dificultades que presenta la naturaleza jurídica del derecho sobre el nombre geográfico, que ha confundido a la doctrina, dando lugar a cerca de una decena de teorías. No merece la pena que nos detengamos en ellas porque están muy condicionadas, como es lógico, por el respectivo ordenamiento en vigor y sus transformaciones. Una buena síntesis ofrece M. M. MADRÑO GARGALLO, *op. cit.*, pág. 132, nota 36.

(19) El Reglamento autonómico, al reiterar casi literalmente esta norma (art. 22.1), incurre aquí en los mismos defectos que hemos apuntado antes: falta de rango y falta de competencia.

En suma, la prohibición de disponer tiene por efecto extraer el nombre geográfico del tráfico mercantil, lo que priva de una importante fuente de financiación, a la vez que evita la existencia de un mercado secundario, que podría incitar a la especulación. Con todo, hay otras vías menos drásticas para conseguir el mismo resultado, como, por ejemplo, la penalización que reduce el importe de los derechos de pago único por la cesión definitiva o temporal de los mismos (20).

4. OBJETO DE LA PROTECCIÓN

Por lo que respecta a la protección, el objeto del nombre geográfico está constituido por el territorio, los productos y la extensión. El territorio es la zona geográfica delimitada y amparada por el nivel de protección, tal como se ha descrito en la Orden que aprueba el reconocimiento administrativo. Además pueden existir áreas geográficas menores. Así, la Ley autonómica permite que la protección otorgada abarque también el uso de nombres de la región, comarca, subzona, municipios, localidades y lugares, siempre que estén comprendidos en las zonas de producción, elaboración y envejecimiento previamente delimitadas (art. 13.1).

Por otra parte, los productos protegidos son los vinos amparados por el nombre geográfico que, en nuestro caso, pueden ser lo mismo un vino de la Tierra de Castilla y León que cualquiera de las cuatro categorías de VCPRD, esto es, los que ostentan una IG, una DO, una DOC o se trate de un vino de pagos. Esta protección se extiende a las distintas operaciones empresariales que quedan comprendidas dentro del nombre geográfico. Según la Ley estatal estas operaciones van desde la producción hasta la comercialización, incluyendo la presentación, la publicidad, el etiquetado y los documentos comerciales (art. 18.2), lo que reitera con poco fundamento el Reglamento autonómico (art. 21.1).

En fin, el contenido del derecho sobre el nombre geográfico se desdobra, como sabemos, en la facultad de uso exclusivo y en la facultad de exclusión de los terceros.

(20) Nos remitimos para esto a nuestros trabajos: «El arrendamiento, la compraventa y las sucesiones *inter vivos* y *mortis causa* en el marco de la PAC», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 44, 2004, pág. 89 y sigs., y «El régimen de pago único en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2, 2007, en prensa, y allí otras referencias bibliográficas.

5. USO EXCLUSIVO Y *IUS PROHIBENDI*

Por una parte, la facultad de uso se contempla por la Ley estatal en términos negativos cuando determina que estos nombres están asociados a los niveles de protección y no pueden utilizarse para la designación de otros productos del sector vitivinícola (art. 18.1). El uso consiste, pues, en poder designar el vino con el nombre geográfico correspondiente al respectivo nivel de protección; y ello, no sólo en las fases anteriores a la introducción del producto en el mercado, sino también en la publicidad y en el etiquetado, tanto dentro de España como en la Unión Europea y en el comercio internacional. En otras palabras, esto impide el uso del nombre geográfico por parte de quienes no pertenezcan al órgano gestor, esto es, la asociación que la administra la IG o el consejo regulador de la DO o de la DOC.

Por otra parte, la facultad de exclusión, que ha de ejercer el órgano de gestión, tiene varias manifestaciones. Ante todo, una de ellas es la de impedir la utilización del nombre protegido por un tercero, ajeno a dicho órgano, aunque se trate de un vino idéntico, con las mismas características físico-químicas, enológicas u organolépticas, pero no incluido en el nivel de protección.

Además, otra manifestación de la misma facultad es la posibilidad inversa, es decir, impedir que los nombres geográficos que sean objeto de un determinado nivel de protección se empleen en la designación, presentación o publicidad de vinos que no cumplan los requisitos de dicho nivel, aunque se trate de vinos de imitación con características semejantes al vino protegido. Por eso, la Ley estatal prohíbe en concreto el uso del nombre geográfico en otro vino en estos casos, a saber: *a)* el nombre del vino protegido se usa traducido a otras lenguas —supuestamente extranjeras—; *b)* en la etiqueta del vino no amparado se expresa que se trata de un vino «tipo», «estilo», «imitación», u otras expresiones similares, que aludan al vino protegido, aun cuando tales expresiones indiquen el verdadero origen geográfico de este último; *c)* tampoco pueden emplearse en el vino no protegido expresiones del tipo «embotellado en...» o «con bodega en...» la zona de donde proceda el vino amparado por el nombre geográfico (art. 18.3). Lo que es muy significativo, puesto que concuerda casi literalmente, como vimos, con la protección prevista por la Ley de Marcas (art. 5.1.h).

Asimismo, según la Ley estatal, la facultad de exclusión prohíbe emplear cualquier indicación falsa o falaz en cuanto a la procedencia, el origen, la naturaleza o las características esenciales de los vinos en el envase o en el embalaje, en la publicidad o en los documentos relativos a ellos (art. 18.2). Estamos ante la clásica protección del signo distintivo frente a la competencia desleal, que tiene la doble finalidad, por un lado, de impedir que otros empresarios utilicen signos falsos, esto es, que induzcan a error o confusión en el público y, por otro, que empleen signos falaces o engañosos, es decir,

los que permiten al competidor apropiarse de la reputación o el prestigio del vino amparado por el nombre geográfico.

Igualmente, esta facultad permite oponerse, según la Ley estatal, al empleo de marcas, nombres comerciales o razones sociales que hagan referencia a un nivel de protección en vinos ajenos a dicho nivel (art. 18.4). En lo que incide, como dijimos, la normativa de Castilla y León ya que, por un lado, la Ley autonómica habilita al consejero para permitir que una marca acogida a un nivel de protección se pueda utilizar en la comercialización de vinos que no gocen de ese nivel (art. 13.2) y, por otro, el Reglamento precisa que tales indicaciones sólo podrán utilizarse en el etiquetado de los vinos pertenecientes a dicho nivel (art. 23.2). Ello se debe, no sólo a la necesidad de que el etiquetado sea transparente, sino a la equivalencia funcional de la marca y el nombre geográfico ante el consumidor.

Por último, esta facultad permite excluir a los operadores que —aunque la Ley estatal se expresa en términos afirmativos— no introduzcan en las etiquetas y presentación de los vinos los elementos que sean suficientes para diferenciar de manera sencilla y clara su calificación y procedencia; en todo caso, según la propia Ley, se trata de evitar la confusión de los consumidores (art. 18.5).

Esto se desarrolla por el Reglamento autonómico con nueva terminología que parece estar referida a la categoría más amplia de las otras figuras de calidad y no solamente a los niveles de protección de los vinos de Castilla y León. Con todo, establece el Reglamento en este sentido que, en aras de asegurar una información veraz al consumidor, cuando se utilice una misma marca o nombre comercial en dos o más niveles de protección, la etiqueta del vino debe incluir en el mismo campo visual dichos signos distintivos y el nivel de protección al que pertenece el vino (art. 23.5). Lo que viene a corroborar la equivalencia funcional que acabamos de apuntar.

En definitiva, el análisis de estas facultades nos permite concluir que la protección jurídica de los nombres geográficos no es disímil de la que se confiere a las marcas y los nombres comerciales, y que su régimen especial resulta, por ello, poco justificado y en buena medida superfluo. A esto se une que el nombre geográfico opera indudablemente en el mercado como si fuera una segunda marca añadida a la del empresario. Se trata de un signo distintivo de procedencia que indica, en lugar de la calidad intrínseca del vino, las características externas que se derivan del medio geográfico, acaso de gran valor económico, pero de escasa trascendencia jurídica. Es claro, en suma, que los nombres geográficos de los vinos son perfectamente asimilables a las marcas colectivas y que se podrían regir sin graves dificultades por la disciplina normativa y científica de estas últimas.

RESUMEN

PROPIEDAD INDUSTRIAL

El nombre geográfico protegido es la designación legal de las clásicas denominaciones de origen y las más modernas indicaciones geográficas de los vinos que coexisten hoy con otras figuras de calidad acreditada. Su régimen jurídico es complejo y se despliega en el plano internacional —los ADPIC de 1994— lo mismo que comunitario, estatal y autonómico. Pese al fuerte intervencionismo público, confiere un derecho de uso exclusivo y un *ius prohibendi* semejante al de las marcas colectivas y al de las de garantía. Con el trasfondo de este paralelismo, se estudia aquí el régimen de los vinos de Castilla y León, con atención especial a sus relaciones con la Ley de Marcas y al Registro Mercantil Central; se sostiene que hay una titularidad individual del uso exclusivo, mientras que la defensa frente a terceros incumbe al respectivo órgano gestor y, tras examinar el carácter intransmisible e indisponible, se analiza el contenido de cada facultad para concluir que su régimen especial está poco justificado.

ABSTRACT

INDUSTRIAL PROPERTY

«Protected geographical name» is the legal term for the classic «protected designations of origin» and the more modern «geographical indications» of wines, which coexist today with other terms accrediting product quality. The system of rules pertaining to such terms is complex, and it reaches into the international sphere (the 1994 ADPIC) as well as into the EC, national and regional spheres. Despite strong public interventionism, such terms grant a right of exclusive use and a *ius prohibendi* similar to that of collective trademarks and Spain's «guarantee marks». With the background of this parallel relationship, this paper studies the system of rules that apply to the wines of Castilla y León, paying especially close attention to the relationship with the Trademark Act and the Central Mercantile Registry. The paper upholds the view that there is individual ownership of exclusive use, while defence vis-à-vis third parties is the duty of the respective managing body. After examining the inability to transfer or dispose of the rights concerned, the paper analyses the contents of each faculty, reaching the conclusion that there are few grounds justifying the special system of rules.

(Trabajo recibido el 05-07-07 y aceptado
para su publicación el 01-02-08)

DERECHO COMPARADO

Violación, fraude y abuso de la Ley y la Constitución

por

IVÁN ESCOBAR FORNOS

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN Y FRAUDE:
 - A) VIOLACIÓN Y FRAUDE A LA LEY.
 - B) VIOLACIÓN Y FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN.
 - C) SANCIONES AL FRAUDE Y LA VIOLACIÓN.
3. EL ABUSO DEL DERECHO:
 - A) CONCEPTO DE ABUSO DEL DERECHO. SUS REQUISITOS.
 - B) ACEPTACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.
 - C) SU EXTENSIÓN.
 - D) ABUSO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.
 - E) SANCIONES DEL ABUSO DEL DERECHO.
4. ALGUNOS CASOS DE VIOLACIONES, FRAUDES Y ABUSOS CONSTITUCIONALES EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL:
 - A) LAS PRIMERAS VIOLACIONES, FRAUDES Y ABUSOS, DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA.
 - B) VIOLACIONES Y FRAUDES CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON LAS CONSTITUCIONES DE 1838, 1848, 1854, 1858, 1893 Y 1905.
 - C) VIOLACIÓN Y FRAUDE CON RELACIÓN A LAS CONSTITUCIONES *NON NATA* DE 1911, DE 1911 Y *NON NATA* DE 1913.
 - D) VIOLACIONES Y FRAUDES CON RELACIÓN A LAS CONSTITUCIONES DE 1939, 1948, 1950 Y 1974.
 - E) VIOLACIÓN Y FRAUDE CON RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE 1987.
5. LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES.
6. ALGUNAS CAUSAS DE NUESTRA CRISIS INSTITUCIONAL.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El fraude a la ley también tiene sus antecedentes en el Derecho romano en la famosa máxima de Paulo que expresa que «obra contra ley quien hace lo que la ley prohíbe, y en fraude de la ley, quien salva sus palabras, pero elude sus sentidos» (1) (*Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet; in frudem vero, qui salivis verbis legis, sententiam eius circumvenit*).

La existencia de la figura del abuso del derecho en el Derecho romano es controvertida, pues existen reglas y máximas que se contradicen, aunque algunos autores aseguran el origen romano de ella, pues Gayo decía que no se debe abusar de nuestros derechos.

Niegan el abuso del derecho las máximas siguientes: «se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa» (*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*) (2); ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer (*nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet*) (3); y la máxima de Ulpiano, «quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa» (*neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo*).

Los que afirman su existencia se fundan en las siguientes reglas: la máxima de Paulo de que «no todo lo que es lícito es honesto» (*non omne quod licet honestum est*); la regla de Gayo de que «no debemos usar mal de nuestro derecho» (*male enim nostro iure uti non debemos*) (4), y la regla de Cicerón, «el estricto derecho es la suprema injusticia» (*summum ius, summa iniurias*).

No obstante, algunos autores armonizan todas las citadas máximas y reglas para abrirle paso a la aceptación del abuso del derecho.

En realidad en el Derecho romano no se formuló una teoría general del abuso del derecho. Además se tenía un concepto objetivo y no subjetivo del Derecho que pudiera dar pie a dicha teoría, pero se encuentran antecedentes.

En la Edad Media se elaboró la doctrina de los actos emulativos, aplicable a las relaciones de vecindad, la cual desaprobaba los actos que, aunque se realizaban dentro del ejercicio de un derecho, pero sin interés y con la intención de perjudicar, causaban daño a otra persona.

Posteriormente se desarrolla en Francia y la aceptan la mayoría de los Códigos Civiles modernos: Perú (5), Alemania (6), México (7), Argenti-

(1) D. I Tit, Ley 29.

(2) D. 50.17.55.

(3) D. 50.17.51.

(4) Gayo. 1.53.

(5) Artículo 11 del Título Preliminar (1984).

(6) Artículo 2.226.

(7) Artículos 840 y 1.912.

na (8), Venezuela (9), Grecia (10), Bolivia (11), Paraguay (12), Hungría (13), Austria (14) y otros (15), lo mismo que ciertas constituciones (16).

2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN Y FRAUDE

A) VIOLACIÓN Y FRAUDE A LA LEY

La violación a la ley se produce cuando la infracción contra ella es palpable a simple vista, burda, sin inteligencia, directa, sin argucias. Por ejemplo: El artículo 4 de la Ley de 20 de septiembre de 1982 exige que los agentes navieros, al organizarse en sociedad, deben convenir que del capital social suscrito y pagado, un mínimo del 60 por 100 pertenezca a nicaragüenses domiciliados en el país, la sede social se establezca en el país y las acciones sean nominativas. Si se constituye, por ejemplo, una sociedad de esa naturaleza sólo con socios extranjeros se infringe la ley flagrantemente. Existe violación a la ley.

La violación se presenta con frecuencia y se realiza en materia judicial, administrativa y electoral.

En el fraude a la ley, ésta es violada, no directamente, sino indirectamente, valiéndose de actos que no dejan ver la violación. Es un acto de inteligencia y no de torpeza. La ley burlada generalmente es imperativa o prohibitiva.

Se discute si es o no necesario el propósito dañino. Unos dicen que es necesario, pero la mayoría expresa que no, pues lo que se persigue no es reprimir la mala fe, sino evitar que el fraude a la ley se haga efectivo (17).

Se produce el fraude a la ley cuando, en el caso anteriormente expuesto, se ocupan socios nacionales como testaferros, a los cuales se les hace socios por el 60 por 100 del capital, encubriéndose así la violación a la ley y consiguiendo los efectos prácticos no permitidos por ella.

Otros ejemplos de fraudes a la ley:

(8) Artículo 1.071.

(9) Artículo 118.

(10) Artículo 281 (1941).

(11) Artículo 107 (1976).

(12) Artículo 372 (1986).

(13) Artículo 5 (1960).

(14) Artículo 1.295 (reformado por Ley de 1916).

(15) En los países socialistas, antes de la caída del comunismo, establecían el abuso del derecho: Polonia, Checoslovaquia y Hungría.

(16) Artículos 83 y 95, inciso 1, de Colombia; artículo 103.3 de la Constitución del Perú; artículo 18 de la Constitución de Alemania.

(17) Cfr. Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*. Vol. 1. José María Bosch, Editor, Barcelona, España, 1991. Vol. 1, pág. 189.

- a) El guardador no puede adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, los bienes inmuebles de su pupilo de acuerdo con los artículos 466 y 2.565, inciso 1 del Código Civil. Si compra un inmueble del pupilo directamente habrá celebrado un acto *contra legem*, violatorio de ley en forma palpable. Si lo adquiere a través de interpósita persona (testaferro) habrá un acto *in fraudem legem* (en fraude a la ley), violando en forma encubierta los artículos citados.
- b) El asegurado que se amputa la mano para cobrar un seguro.
- c) La venta con pacto de retroventa que encubre un préstamo usurario.
- d) El litigante que ocupa el proceso para burlar la ley, como el demandado, que, coludido con el demandante, se allana a la demanda declarativa de dominio y se dicta sentencia declarando propietario al demandante, el que después inscribe en el Registro como propietario. Así se despoja a los propietarios de sus inmuebles, ya sean éstas de los particulares, las municipalidades o el Estado.
- e) El que desea divorciarse, pero no puede hacerlo en su país porque la ley no lo permite, se nacionaliza en un país que admite el divorcio, celebra nuevo matrimonio en éste y después recupera la nacionalidad de origen.
- f) La promesa de venta para encubrir un préstamo. Es lo más usual en Nicaragua, las que fueron declaradas sin valor por la Revolución Sandinista.
- g) Los guardadores de ausentes que se allanan a la demanda o toman una actitud pasiva, lo que asegura el triunfo al demandante en forma fraudulenta.
- h) Los extranjeros que recurren al matrimonio fraudulento para legalizar la permanencia y trabajo en el país donde emigran.

Es conveniente advertir que el fraude a la ley se extiende a todo el ordenamiento jurídico, público y privado, lo mismo que la violación a la ley (18).

El fraude a la ley tiene similitudes y diferencias con otras figuras o actos: el fraude pauliano, el abuso del derecho y la simulación, entre otros.

Para el objeto de nuestro estudio no es necesario insistir más sobre estas diferencias, por lo cual nos concretaremos a confrontar rápidamente el fraude a la ley con la simulación.

El fraude a la ley es un negocio real, pero también puede ser encubierto por otro acto simulado o por actos reales que logran realizar el acto prohibido. De aquí que se le encuentre similitud con la simulación relativa, pero

(18) Cfr. José Luis LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil. I Parte General del Derecho Civil*, José María Bosch, Editor, S. A., Barcelona, España, 1988. Vol. I. *Introducción*, pág. 234.

no con la simulación absoluta en la que sólo existe acto aparente. Por tal razón, algunos autores sostienen que el fraude a la ley es siempre de simulación relativa, pero ya vimos que todos los actos pueden ser verdaderos.

Es conveniente advertir que otros autores como Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA consideran que los actos fraudulentos son verdaderos y encuentran diferencias entre el fraude a la ley y la simulación: el acto simulado sólo produce apariencia ante los ojos del observador, el acto que defrauda la ley es verdadero; el pacto simulado ilícito viola la ley directamente, en cambio el fraude a la ley en forma indirecta; la simulación puede ser lícita o ilícita, en cambio el fraude a la ley siempre es ilícito (19).

B) VIOLACIÓN Y FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

En la violación se infringe la Constitución en forma directa, burda, sin delicadeza, detectable a simple vista.

El fraude a la Constitución se produce por medio de actos encubiertos, que esconden la violación, la cual se produce de manera indirecta.

Tanto la violación como el fraude a la Constitución se presentan en todos los niveles: en el poder ejecutivo, en el judicial (con mayor intensidad por el gran volumen de trabajo), en el legislativo, en el electoral, en los órganos constitucionales e instituciones del Estado, y hasta entre los particulares por la infracción de los derechos humanos en las relaciones privadas dentro de los límites aceptables por el sistema.

Los jueces y magistrados pueden violar una disposición constitucional directamente o mediante aplicación indebida, lo mismo que hacerle fraude mediante una interpretación o aplicación indebida. Cuando la violación a la Constitución se produce en juicio, en Nicaragua se establece una causal especial de casación en el fondo, para denunciar la violación (20).

Citemos algunos ejemplos de violación:

- a) De acuerdo con el artículo 12 de la Constitución, la capital es Managua y la sede de los poderes del Estado, por lo que una ley ordinaria que declare capital a otra ciudad o traslade uno o todos los poderes del Estado a otra ciudad, es violatoria de la Constitución.

(19) Citan como ejemplo: con la finalidad de burlar la prohibición del artículo 1.796, según el cual el contrato de compraventa no puede celebrarse entre cónyuges no divorciados perpetuamente, uno de ellos vende efectivamente un bien a un tercero y éste, a su vez, vende la cosa, también efectivamente, al otro cónyuge. No hay simulación porque las dos ventas son reales. Editorial Nascimento. Parte General. Santiago, Chile, 1961. T. I. Vol. I., págs. 457 y 458.

(20) Artículo 2.057, inciso 1, del Código de Procedimiento Civil.

- b) De acuerdo con el artículo 14 de la Constitución, el Estado no tiene religión oficial, por lo que una ley ordinaria que declare a una determinada religión como oficial del Estado es violatoria de la Constitución.
- c) De acuerdo con el artículo 34, inciso 10 de la Constitución, nadie puede ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme, por lo que el juez que lo haga o la ley que lo permita violan directamente la Constitución. Es la aplicación del *maxima non bis in idem*.
- d) De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución, la ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezca al reo, por lo que es violatoria de la Constitución, por ejemplo, la ley ordinaria o la sentencia que le dé efecto retroactivo a la ley en materia de propiedad, contratos y obligaciones.
- e) De acuerdo con el artículo 34, inciso 1 de la Constitución, el acusado se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; por lo que la sentencia que condena a un inocente sin prueba en su contra, o la ley que invierte la carga de la prueba y se la impone al acusado, violan la Constitución.
- f) De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, el Ejército es apolítico y apartidista, por lo que si interviene en política, viola la Constitución.
- g) El artículo 72 de la Constitución protege el matrimonio y la unión de hecho estable, pero no se ha dictado la ley que regule esta unión de hecho, por lo que se está violando por omisión el señalado artículo de la Constitución, lo que podría dar pie a una inconstitucionalidad por omisión, usando para ello el recurso de amparo, tal como lo acepta la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (21).
- h) El artículo 72 de la Constitución dispone que el matrimonio descansa en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer; por lo que la ley que autorice el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo viola claramente dicha disposición.

Citemos algunos casos de fraude a la Constitución:

- a) El artículo 78 de la Constitución establece el derecho de investigar la paternidad y todavía no se ha dictado la ley que lo regule; por el contrario, la Corte Suprema de Justicia (22) ha declarado vigente la

(21) S. núm. 90, 10:30 a. m. del 22 de abril de 1999.

(22) S. 8:00 a. m. del 22 de noviembre de 1957, B. J., pág. 18730; S. 11: 00 a. m. del 16 de junio de 1986, B. J., pág. 105; consulta del 1 de septiembre de 1987, B. J., pág. 418.

regulación del Código Civil sobre esta materia, el que se funda en el principio contrario de la no investigación de la paternidad, salvo contadas excepciones que la hacen casi imposible, lo cual es un fraude a la Constitución por lo que se viola el artículo citado y el artículo 75 de la misma Constitución, que establece la igualdad de derechos de todos los hijos dentro y fuera del matrimonio.

- b) En el caso del artículo 14 de la Constitución, presentado anteriormente como ejemplo de violación, el que no le permite al Estado tener religión oficial, porque existe separación entre Estado y religión, sería un fraude a la Constitución dictar una ley que favorezca económicamente y conceda ciertos privilegios a una o varias religiones, discriminando al resto.
- c) En el caso del artículo 38 de la Constitución que no permite dictar leyes retroactivas, presentado como ejemplo de violación anteriormente, es objeto de fraude al citado artículo, cuando la Asamblea Nacional, so pretexto de interpretar una ley en realidad la reforma, con el objeto de que esa «interpretación» rija desde que se publicó la norma interpretada, de acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, y darle así efecto retroactivo, violando indirectamente la Constitución, lo que la Asamblea ha hecho con varias leyes. Pero de nada sirve esta reforma disfrazada de interpretación auténtica para aplicar la ley en forma retroactiva, pues se opone al artículo constitucional citado.

También los jueces en sus interpretaciones pueden darle efecto retroactivo a la ley por ignorancia o por fraude.

- d) Cuando la Constitución remite a la ley ordinaria para desarrollar su contenido, existe el peligro de que sea objeto de fraude, ya sea porque se desnaturalice o se restrinja su contenido. En estas remisiones existen derechos, competencias estatales (de poderes, órganos e instituciones), y otros aspectos que pueden ser objeto de violación o de fraude. En nuestra Constitución son numerosísimos los artículos constitucionales que remiten a la ley ordinaria para su regulación, lo que en la doctrina se denomina la reserva de ley, pensando en la garantía de que sea este tipo de norma de carácter más sólido y democrático la que regule estas materias (23), que por razones de espacio, técnica y naturaleza, no puede hacer la Constitución.

(23) Artículos 2, 5.3, 10, 11, 19, 21, 26, 27, 32, 33, 34, incisos 2, 3 y 11, 35, 36, 42, 43, 44, 45, 47, 50, 51, 52, 54, 61, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 79, 81, 82.3.5.7, 87, 88, 91, 93.2, 94.2, 95, 97, 99.4, 100, 104, inciso 2, 105.1, 106, 107, 108, 112, 113, 114, 115, 119, 120, 125, 130.1.2.3.4.5, 131.2.3, 138, incisos 11 y 32, 148, 150, inciso 17, 151.1, 153, 157, 158, 159, 162, 164, incisos 2, 8 y 15, 166, 173.1.4, 175, 177, 178, 181, 184 y 190 de la Constitución.

- e) Existen otras disposiciones constitucionales que aunque no remiten a la ley son desarrolladas por ella, en cuyo caso puede existir fraude o violación a ella. Pero algunos no admiten desarrollo legislativo porque tienen su autonomía de aplicación y al regularlas podrían ser anuladas o desnaturalizadas.
- f) No pocas disposiciones conocidas como programáticas se suelen calificar como fraudulentas, engañosas, porque nunca se cumplen o es difícil su cumplimiento. Generalmente estas disposiciones contemplan derechos sociales.
- g) El abogado que maliciosamente recusa o pide la declaración de implicancia de un Juez o Magistrado es sancionado con multa, y en caso de reincidencia puede ser suspendido de seis meses a un año (24).
- h) Violan, abusan o defraudan el derecho político del sufragio, garantizado en el artículo 51 de la Constitución, los que destruyan o deterioren propaganda electoral, los que pretendieren inscribir o votar más de una vez, el que soborne a los votantes o que realicen otros actos penalizados de acuerdo a los artículos 173 al 178 de la Ley Electoral.

A un nivel de más altura y trascendencia nos encontramos con fraudes constitucionales que en forma encubierta, aparentando cumplir con la Constitución, transforman sistemas y organizaciones políticas. Por ejemplo: Napoleón transforma en un imperio el gobierno igualitario inspirado en Rousseau, valiéndose de los plebiscitos y de su vocación de caudillo. Hitler termina con la Constitución de Weimar (1919), la segunda Constitución progresista del mundo, luego de la mexicana de 1917, aparentando legalidad en sus procedimientos y termina imponiendo una dictadura. Después de la «Marcha sobre Roma», Mussolini fue llamado por el Rey Víctor Manuel a formar gobierno. Se ajusta a las leyes de la democracia y logra controlar el parlamento. Es a partir de 1925 que implanta la dictadura. Es otro gran fraude al sistema democrático.

En España se denuncia por algunos juristas y partidos políticos un fraude a la Constitución porque se quieren modificar los Estatutos de Autonomía, en tal forma que pretenden reformar la estructura del Estado español. La Constitución española en el Título X requiere de una Asamblea Constituyente para la reforma total de la Constitución o cuando se afecten sus bases fundamentales, las cuales son: España como un solo Estado con autonomías, la unidad de la nación española, la Corona, la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por tal razón, la reforma de estas bases no pueden hacerlas los poderes constituidos (Cortes Generales o los parlamentos autónomos) me-

(24) Artículo 39 de la Ley de Carrera Judicial.

dante la modificación del Estatuto de Autonomía, porque no tienen competencia, por lo cual si lo hacen cometen un fraude a la Constitución.

Alberto Fujimori fue electo Presidente constitucional del Perú el 28 de julio de 1990, para el período 1990 a 1995, al amparo de la Constitución de 1979 que prohíbe la reelección. Tras un golpe de Estado el 5 de abril de 1992, se disuelve el Poder Legislativo y se interviene el Poder Judicial, pero el Poder Ejecutivo mantiene su legitimidad de título y de ejercicio. A finales de 1992, el Ejecutivo convoca a elecciones nacionales para elegir a los integrantes de una Asamblea Constituyente, a la que se le encarga aprobar la nueva Constitución Política del país y legislar en forma ordinaria.

La nueva Constitución fue sancionada en diciembre de 1993.

Al amparo de la nueva Constitución de 1993 es elegido presidente para el período 1995-2000. El artículo 112 de esta Constitución permite la reelección para el período inmediato, lo mismo que la postulación presidencial después de transcurrido otro período.

En esta elección Alberto Fujimori al inscribir su candidatura a la Presidencia de la República fue impugnada porque el señor Fujimori había sido Presidente de la República de acuerdo con la Constitución de 1979, la que se encontraba todavía vigente según resolución de la Asamblea Constituyente del 6 de enero de 1993, y Fujimori continuaba ejerciendo la Presidencia. Por esta razón en la impugnación a su postulación se argumentaba que Alberto Fujimori seguía siendo Presidente hasta el 2005 y no podía reelegirse bajo el amparo de la Constitución de 1979. Si el artículo 112 de la nueva Constitución establece la reelección inmediata será aplicable para el Presidente que sea reelegido el 6 de abril de 1995.

El jurado nacional de elecciones por resolución número 172-94 JNE declara infundada la impugnación al considerar que la normativa contenida en la nueva Constitución Política de 1979 fue sustituida por la nueva Constitución, que en el artículo 112 permite la reelección sin limitación alguna.

Al amparo de la nueva Constitución de 1993, Alberto Fujimori vuelve a postularse como candidato para la presidencia de la República para el período de 2000 al 2005.

El 23 de agosto de 1996 se publica la Ley número 26657 de interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución, en la cual se dispone que la reelección a que se refiere este artículo son los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de su promulgación y, como consecuencia, no pueden tomarse en consideración los períodos presidenciales anteriores en su fecha. Esto significaba que no tenía porqué tomarse en cuenta el período presidencial de Alberto Fujimori de 1990 a 1995 porque, de otra manera, sería aplicar retroactivamente la nueva Constitución de 1993. Contra esta ley se alegó que no podía el Congreso por una ley ordinaria interpretar

la Constitución porque para hacerlo debía seguirse el procedimiento para la reforma constitucional.

El Tribunal Constitucional, en sentencia del día 3 de enero de 1997, por mayoría de votos declaró inaplicable dicha ley para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia en el año 2000 del actual Jefe de Estado Alberto Fujimori al encontrar que dicha ley es ostensiblemente incompatible con la Constitución.

Fujimori sigue sosteniendo que no debe tomarse en cuenta el período iniciado de 1990 a 1995, porque la nueva Constitución de 1993 permite la reelección y no se le puede aplicar retroactivamente tomando en cuenta su primer período presidencial, por lo que su nueva postulación para el período 2000 a 2005 sería su segundo período presidencial permitido por el artículo 112 de la Constitución.

Por tal razón Alberto Fujimori se presenta como candidato, triunfa en las elecciones y poco tiempo después abandona el poder.

Todo lo expuesto es un fraude constitucional, se usó la Constituyente, órgano del Estado, el golpe de Estado y las leyes ordinarias para evadir la prohibición de la reelección de la Constitución de 1993 y perpetuarse en el poder el Presidente Alberto Fujimori.

El General Ríos Montt, después de un golpe de Estado, fue Jefe de Gobierno de facto de 1982 a 1983.

En 1990 y en 1995, la Corte Constitucional le negó a Ríos Montt la inscripción como candidato presidencial por haber sido gobernante de facto, con base en el artículo 186, ordinal a) de la Constitución de 1985, que dispone: «Artículo 186. Prohibiciones para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República. No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República:... a) «El caudillo y los Jefes de un Golpe de Estado revolucionario armado o movimiento similar, que hayan alterado el orden constitucional, quienes como consecuencia, asuman la Jefatura de Gobierno».

En el año de 2003, partidarios de Ríos Montt provocaron disturbios y caos en Guatemala para presionar a la Corte Constitucional para que le permitieran su postulación a la candidatura presidencial de la República, lo que logró por resolución de la misma Corte Constitucional del 14 de julio de 2003. Por tal razón se inscribió como candidato y perdió en las elecciones.

Pero la Corte Constitucional, por sentencia de 10 de octubre de 2006, declaró, a pesar de que se le pedía su nulidad de pleno derecho, que la sentencia de 14 de julio de 2003 carece de efectos jurisprudenciales, respetando así la cosa juzgada, producto del juicio fenecido, una de las bases fundamentales de la seguridad jurídica, terminando así con toda aspiración del General Ríos Montt.

La Corte Constitucional, en opinión consultiva de 16 de noviembre de 1989 y en sentencia de 19 de octubre de 1990, expresaba que la prohibición

que afecta a los golpistas se aplica a hechos anteriores porque así lo tuvo en cuenta el poder constituyente, sin que esto signifique la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo; jurisprudencia a la que se adhirió la Corte Constitucional en la comentada sentencia de 14 de julio de 2003.

El Expresidente Vinicio Cerezo Arévalo pidió la inconstitucionalidad del artículo 187 de la Constitución, que prohíbe la reelección, y del artículo 281, que prohíbe su reforma, porque existen en la Constitución otras normas constitucionales de superior jerarquía que las impugnadas. Estas normas de superioridad jerárquica garantizan entre otros derechos y garantías: la libertad, la protección a la persona, la justicia, la igualdad, el derecho de defensa, el interés social, el sufragio activo y pasivo, el sistema democrático. La Corte Constitucional declaró en sentencia de 24 de agosto de 2006, que la inconstitucionalidad de una norma constitucional implicaría una absoluta transgresión al orden constitucional.

También Vinicio Cerezo planteó la inaplicabilidad al caso concreto, pero la Corte expresó que no existía en autos ningún caso concreto que permitiera analizar el problema de supremacía entre normas de la misma jerarquía, lo que es impropio e imposible, ya que lo que cabe es un mecanismo de selección de normas para determinar cuál es la especial y cuál la general y, por tanto, declarar que la especial es preferente a la general.

En su campaña electoral para la Presidencia de la República, Antonio Lacayo pedía que del Proyecto de reformas a la Constitución se suprimiera la prohibición de la reelección y las inhibiciones a los parientes del Presidente, entre ellas, la de ser yerno de la Presidenta, para poder ser candidato a la Presidencia. Esta era una reforma dirigida exclusivamente en contra de Antonio Lacayo, con nombre y apellido, una forma fraudulenta de encubrir la interdicción de dictar normas para casos particulares, con una reforma general. Se impugnaba la postulación porque usaría del poder que tenía para triunfar en las elecciones. Su esposa Cristiana Chamorro ofreció divorciarse para eludir la prohibición. El artículo que regulaba la inhibición fue ampliado y la extendió a los que sean o hayan sido parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad con el Presidente. Esto claramente hacía inútil el divorcio. Algo semejante ocurrió en las elecciones de 1936, en la que el general Somoza García estaba dispuesto a divorciarse de Salvadora Debayle Sacasa, para que no se le impidiera su postulación presidencial, dado su parentesco de afinidad con el Presidente Sacasa. El artículo 105 de la Constitución de 1911 inhibía a Somoza García ser candidato a la Presidencia de la República.

La Corte Suprema de Justicia en el caso de Antonio Lacayo declaró: «Que los señores recurrentes manifiestan que al señalarse en la ley reformatoria de la Constitución prohibiciones específicas para concurrir como candi-

dato a las próximas elecciones sin haber renunciado a sus cargos con doce meses de anticipación, se violan sus derechos humanos, derechos políticos e individuales. Consideró el Tribunal que tanto en la Constitución Política como en otras leyes se establecen regulaciones para el ejercicio de determinados cargos o para acceder a determinadas funciones dentro del Estado. Estas regulaciones, que constituyen verdaderas limitaciones, no son violatorias de los derechos humanos, sino que contribuyen a ordenar la función pública en beneficio de la colectividad. Las regulaciones contra las cuales se ha recurrido no violan de ninguna manera la Constitución Política, por lo que no cabe más que declararlo así en esta resolución. De acuerdo con lo anteriormente considerado, debe declararse sin lugar el amparo interpuesto» (25).

Existen ciertas constituciones que no permiten al poder constituyente reformador cambiar o modificar ciertos principios, valores o sistemas. Por ejemplo, la forma republicana de gobierno (26); los principios que integran la Constitución (27); la unidad del Estado, los derechos y libertades (28); la no reelección, la forma republicana de gobierno y otros temas fundamentales (29); la forma de gobierno, el período presidencial, la reelección y otros temas fundamentales (30); la prohibición de reformar los artículos que prohíben la reelección y los períodos presidenciales para el período que corre o para el siguiente (31).

Se podrían burlar estas limitaciones derogando los artículos que las establecen y después hacer los cambios o modificaciones que no podrían hacerse por los citados artículos. En nuestro país el Presidente General Zelaya suspendió los artículos 95, 96 y 152 de la Constitución que le impedía la reelección y proclamarse Presidente por una Asamblea Legislativa, sin elección popular previa, como lo explicaremos más adelante. Esta es otra forma de fraude a la Constitución.

C) SANCIONES AL FRAUDE Y LA VIOLACIÓN

La violación y el fraude a la ley tienen como sanción la nulidad del acto o actos realizados, los daños y perjuicios, las sanciones penales (32), para lo cual deben ejercitarse la acción o acciones correspondientes.

(25) S. 9:30 a. m. del 29 de mayo de 1995, B. J., pág. 30.

(26) Artículos 39 de la Constitución italiana y 89 de la Constitución francesa.

(27) Artículo 112 de la Constitución de Noruega de 1814.

(28) Artículo 290 de la Constitución de Portugal.

(29) Artículo 281 de la Constitución de Guatemala.

(30) Artículo 374 de la Constitución de Honduras.

(31) Artículo 159 de la Constitución de 1893 de Nicaragua.

(32) En algunas legislaciones, como la italiana, se penaliza como estafa procesal los engaños, argucias, la presentación de documentos falsos o alterados, la alteración de

En la violación o fraude constitucional con frecuencia se presenta el abuso o desviación de poder. En el Derecho Constitucional las competencias se encuentran divididas entre poderes y órganos y éstos sólo tienen las competencias que se le atribuyen en forma explícita o implícita; a diferencia de los particulares que son titulares de todos los derechos menos los prohibidos de acuerdo con los artículos 32, 129 y 130 de la Constitución. Existe abuso de poder cuando se usa el poder fuera de su competencia, en cambio, se produce la desviación de poder cuando se actúa dentro de la competencia, pero con un fin distinto del indicado expresa o tácitamente por la Constitución o la ley. La sanción del abuso del poder es la nulidad (33).

Si la violación o fraude se dieron contra la Constitución generalmente produce la nulidad y se dispone de las acciones y recursos constitucionales (inconstitucionalidad de la ley, amparo, exhibición personal y *habeas data*).

La consagración y alcance de estas sanciones depende del ordenamiento jurídico de cada país.

3. EL ABUSO DEL DERECHO

A) CONCEPTO DE ABUSO DEL DERECHO. SUS REQUISITOS

Los derechos subjetivos deben ejercitarse dentro del marco de la ley, sin excesos, sin mala fe, con interés, con precaución, en forma social, el que así no lo hace causa un daño que debe reparar. Los derechos tienen sus límites consagrados en forma general en la misma Constitución, en el artículo 24, párrafo segundo, en el cual se establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común.

El abuso del derecho ha sido ampliamente estudiado en el Derecho francés, en el cual surgen dos teorías: la subjetiva que exige la intención de dañar, o la conciencia del daño a tercero; y la objetiva, liderada por Louis JOSSEAND (34), en virtud de la cual el abuso no se funda tanto en la intención

pruebas, la ocultación de pruebas y otros obstáculos para que el juez engañado sentencie a favor del litigante fraudulento. Se oponen a este delito algunos autores porque el juez no puede ser engañado, ya que su obligación es averiguar la verdad; el proceso es una lucha de intereses en la que prevalece el que se impone; atenta contra el derecho a litigar; el sistema de la valoración de la prueba impide la estafa procesal (cfr. Julio C. BAEZ, *Lineamientos de la estafa procesal*. Librería El Foro, Buenos Aires, Argentina. 2001).

(33) Para ampliar el concepto de las nulidades de Derecho Público, véase Mario BERNASCHINA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1955. T. I., pág. 231 y sigs.

(34) *Abuso de los derechos y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 5.

dañosa, como en el ejercicio anormal, antisocial, contrario a su función económica, del derecho.

La mayoría de los autores no exigen la intención dañosa.

B) ACEPTACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Nuestro ordenamiento jurídico acepta la teoría del abuso del derecho en casos concretos y la jurisprudencia lo hace en forma más generalizada (35). No existe disposición expresa, solamente en materia judicial como tendremos ocasión de señalar.

El Código Civil y de Procedimiento Civil consagra casos concretos del abuso del derecho como puede verse en los artículos 1.521, 3.285, inciso 4, 3.290, 3.345, inciso 4 del Código Civil, y artículos 888 y 1.741 del Código de Procedimiento Civil.

También la jurisprudencia acepta esta doctrina y de ella puede deducirse que el ejercicio de un derecho no puede hacerse de manera abusiva, o sea, cuando se actúa de mala fe, con temeridad, negligencia, falta o imprudencia (36).

C) SU EXTENSIÓN

El abuso del derecho ha adquirido una gran expansión, *permea* el Derecho Civil, el Derecho Procesal (Penal y Civil), el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Constitucional. Comprende, pues, el Derecho Público y el Derecho Privado.

De tal manera que se consideran abusos del derecho las persecuciones y embargos mal intencionados del acreedor contra su deudor para dejarlo en la ruina; el embargo excesivo de bienes del deudor; la promoción de incidentes, excepciones ilegales o temerarias, las controversias judiciales infundadas, costosas y reñidas; las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión; la mala fe en las negociaciones previas, en la celebración del contrato y en su ejecución; las rupturas inapropiadas y brascas del crédito; el abuso de la posición dominante en el Derecho de la Competencia; el abuso del derecho

(35) Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Hispamer, 2.ª ed., Managua, Nicaragua, 2000, pág. 558 y sigs.

(36) S. 11:30 a. m. del 24 de febrero de 1915, B. J., pág. 918. S. 11:00 a. m. del 11 de diciembre de 1926, B. J., pág. 5784. S. 11:00 a. m. del 29 de septiembre de 1931, B. J., pág. 7874. S. 11:00 a. m. del 13 de julio de 1934, B. J., pág. 8699. S. 12 m. del 30 de noviembre de 1944, B. J., pág. 12588. S. 11:30 a. m. del 12 de junio de 1948, B. J., pág. 14281.

del voto en las sociedades cuando se toman decisiones fuera del ámbito social; las decisiones a favor de los socios sin beneficio de la sociedad; las decisiones contra algunos de los socios sin beneficio de la sociedad; la compra de acciones a los socios minoritarios a bajos precios por los accionistas mayoritarios usando informaciones comerciales o financieras que finjan el mal estado de la sociedad o cuando por información confidencial conozcan el presente y el futuro de prosperidad económica de la sociedad, ignorado por los socios minoritarios que venden sus acciones; el abuso de los derechos consagrados en la Constitución; el uso abusivo del derecho de huelga; las proposiciones judiciales amparadas con manifiesto abuso del derecho o fraude a la ley, las que deben ser rechazadas por el juez o tribunal (37).

D) ABUSOS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La aplicación de la teoría del abuso de los derechos constitucionales es un tema difícil y muy controvertido en la doctrina, principalmente en los países donde la Constitución no la consagra, pues, como ya expresamos, son pocos los que lo han hecho en sus constituciones como el Perú, Colombia y Alemania.

Donde no se contempla expresamente en la Constitución, algunos autores la aceptan en casos concretos y otros le niegan aplicación en base a los argumentos siguientes:

- a) Al no existir una disposición constitucional que contemple esta limitación de los derechos fundamentales, es indicativa de que ha sido rechazada.
- b) No existe un sistema de sanciones, órganos y procedimientos que conozcan del abuso.
- c) Es sumamente peligroso que quede en manos del intérprete determinar los alcances del ejercicio normal de los derechos fundamentales, sin tener orientaciones que seguir, lo cual puede desembocar en el enervamiento o desnaturalización de los derechos.
- d) La teoría del abuso del derecho se construye y desarrolla en el Derecho Privado, donde prevalece la libre voluntad, la limitación y la renuncia de los derechos, por lo que trasladarla al Derecho Constitucional resulta sumamente peligroso para los derechos constitucionales.

(37) Artículo 15.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 209 del Código de Procedimiento Civil; artículo 41.9.10 de la Ley de la Carrera Judicial.

Del estudio de las pocas constituciones que consagran el abuso del derecho se deducen dos sistemas:

- a) Uno que lo consagra en forma general, sin establecer las causas del abuso, las sanciones y los órganos de decisión, como sucede en las Constituciones de Colombia y el Perú, en cuyo caso se podrían usar las acciones ordinarias y constitucionales correspondientes.
- b) Otro, como el alemán, que establece las causas del abuso (combatir contra el orden liberal y democrático), determina los derechos que son objeto de abuso, la sanción contra el abuso (pérdida de los derechos de los cuales se abusa) y el órgano encargado de aplicar la sanción (el Tribunal Constitucional Federal).

El artículo 18 de la Constitución alemana expresa: «El que abusare de la libertad de opinión, y en particular de la de prensa (art. 5, aptdo. 1); de la enseñanza (art. 5, aptdo. 3), de la de reunión (art. 8), de la de asociación (art. 9), del secreto de la correspondencia, del correo y de las telecomunicaciones (art. 10), de la propiedad (art. 14) o del derecho de asilo (Asyl recht.) (arts. 16 al 25) para combatir el orden constitucional liberal y democrático, se hará indigno de estos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal resolverá sobre la eventual privación de los mismos y el alcance de la medida».

Es importante aclarar que el Estado, sus órganos e instituciones, no son sujetos de derechos fundamentales, por lo que descartamos la aplicación del abuso del Derecho cuando se extralimitan en sus competencias. El derecho es atribuido a las personas; el Estado sólo tiene competencias. Por tal razón en estos casos se podrá hablar de abuso de las competencias y no de abuso de derechos. Esta es la razón por la cual no admitimos el Estado de Emergencia como un caso de abuso del derecho. Si los derechos son restringidos en este Estado de Emergencia es por disposiciones de los órganos estatales, aunque debemos reconocer que algunos autores lo consideran caso de abuso.

Nuestra Constitución no consagra expresamente el abuso del Derecho, pero en el artículo 24, párrafo segundo, establece límites al ejercicio de los derechos, tanto ordinarios como constitucionales. Estos derechos están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad jurídica de todos y por las justas exigencias del bien común. Se puede sostener que quien haciendo uso de su derecho no respeta el derecho de las otras personas, la seguridad jurídica y las justas exigencias del bien común se excede en el ejercicio normal de dicho derecho, abusa de él, y puede ser sancionado de acuerdo a las normas generales del ordenamiento jurídico.

Esta limitación constitucional a los derechos puede ser aplicada por los tribunales de justicia, por el Poder Legislativo y por toda autoridad que aplica el derecho.

Debemos admitir que el tema no es pacífico, está lleno de peligros, de oscuridades e incertidumbre, lo que no debe ser obstáculo para aplicarse en aquellos casos tan claros que no admiten dudas del uso abusivo de los derechos fundamentales, los que se presentan en la realidad con cierta frecuencia.

En Colombia la doctrina y la jurisprudencia admiten la aplicación de la teoría del abuso a los derechos constitucionales, abarcando así su aplicación al Derecho Constitucional (38).

Señalaremos algunos casos de aplicación abusiva de los derechos constitucionales, a saber:

- a) El artículo 44 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero el propietario que tiene instalada una maquinaria pesada en su predio, que causa daños a la construcción del vecino, abusa de su derecho y debe daños y perjuicios.
- b) Si esa misma máquina sólo causa ruido y vibraciones que hacen difícilmente habitable la casa del vecino y, como consecuencia, se deprecia su valor, el propietario abusa de su derecho y debe daños y perjuicios.
- c) Los artículos 45 y 188 de la Constitución establecen el derecho de recurrir de amparo, pero el que lo hace en forma temeraria y evidentemente sin justificación, abusa de su derecho, como cuando recurre contra la resolución dictada por un juez en asunto de su competencia, lo que no permite la Ley de Amparo. Es este un ejercicio abusivo del derecho de ampararse y pueden imponerse sanciones administrativas y disciplinarias al abogado patrocinante (39).
- d) Las empresas privadas que manejan bancos de datos con informaciones financieras y comerciales pueden abusar de este derecho al dar datos inexactos que perjudiquen el crédito de las personas.
- e) Los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución garantizan el derecho a la información y a la libertad de expresión, pero abusan de ellos quienes ofenden el honor y la fama de las personas.
- f) El artículo 53 de la Constitución reconoce el derecho a reunirse pacíficamente, pero quien altera el orden público está abusando de este derecho.

(38) Cfr. Ernesto RENGIFO GARCÍA, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Universidad Externado de Colombia, 2.^a ed., Bogotá, Colombia, 2004.

(39) En Honduras la Ley sobre Justicia Constitucional, de 30 de agosto de 2004, permite proponer la inconstitucionalidad como excepción en cualquier procedimiento judicial, en cuyo caso continúa el juicio hasta la citación para sentencia, se suspende el procedimiento y se envía el expediente a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien, previa admisibilidad, sentencia sobre la excepción de inconstitucionalidad. Si, por el contrario, declara inadmisibilidad o improcedente la excepción, el incidentista será responsable de los daños y perjuicios causados por la suspensión principal (arts. 77, 88 y sigs.).

- g) El artículo 83 de la Constitución reconoce el derecho de huelga, pero se abusa de este derecho con las huelgas ilegales.

E) SANCIONES AL ABUSO DEL DERECHO

El que abusa del derecho ordinario o constitucional no puede ser protegido por la jurisdicción ordinaria, administrativa o constitucional, debe cesar en el abuso, es responsable de los daños y perjuicios, puede ser pasible de sanciones penales y, en su caso, se le pueden suspender o privar de ciertos derechos, de acuerdo con el sistema que se establezca en cada país.

4. ALGUNOS CASOS DE VIOLACIONES, FRAUDES Y ABUSOS CONSTITUCIONALES EN NUESTRO CONSTITUCIONALISMO

A) LAS PRIMERAS VIOLACIONES Y FRAUDES CONSTITUCIONALES DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA

Presidida por algunos levantamientos y protestas, la independencia de Centroamérica no se logra después de una guerra, como en México y Suramérica; por el contrario, las autoridades peninsulares se sumaron a ella. No obstante, con posterioridad, se desataron dos guerras civiles en forma sucesiva; las guerras y contiendas en el país continuaron hasta 1858 con la expulsión del filibustero William Walker, la Constitución de dicho año y el inicio de los treinta años de la oligarquía conservadora, en la que reinó la paz, aunque con algunos disturbios.

La anexión de Centroamérica al imperio de Iturbide, el 5 de enero de 1822, fue la razón de las primeras luchas armadas en Nicaragua.

A principios de 1824 se inicia la Guerra de las Juntas, alentada por liberales o fiebres, y moderados o serviles, después calandracas (insectos destructivos) y timbucos (panzones, bien alimentados), liberales y conservadores a lo largo de nuestra historia política.

Eran cuatro Juntas de Gobierno las que entraron en lucha en la guerra civil, las de León, Granada, Managua y El Viejo (40). El Gobierno Federal envió a tres pacificadores: a José Justo Milla, a Manuel Arzú y al General Manuel José Arce. La guerra terminó a principios de 1825.

(40) Antonio ESGUEVA GÓMEZ diseñó un cuadro en el que enumera entre 1825 y 1999 diez casos en que existieron en nuestro país dos gobiernos simultáneamente. *Conflicto y paz en la Historia de Nicaragua*, Instituto de Historia de Nicaragua y Centroamérica, Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua, 1999, pág. 127

El General Arzú convocó a elecciones de Jefe y Vicejefe de Estado y a una Constituyente para aprobar la Constitución del Estado Federado de Nicaragua.

Las dos elecciones se celebraron en libertad y fueron las primeras en el país.

La Asamblea Constituyente se instaló en León el 10 de abril de 1825, lugar que se constituyó en su residencia.

En las elecciones de Jefe y Vicejefe, los principales candidatos eran don Manuel Antonio de la Cerda y Aguilar y don Juan Argüello del Castillo. En la elección salió favorecido como Jefe de Estado, por la mayoría exigida, De la Cerda. Don Juan Argüello es elegido como Vicejefe por la mayoría absoluta de los diputados de la constituyente, entre los restantes candidatos que no reunieron la mayoría requerida.

Es conveniente advertir que la elección era indirecta, por medio de electores, y la Constituyente realizó el cómputo, asignó los cargos y publicó su resultado.

El Jefe y Vicejefe de Estado eran dos personajes con estrecha amistad, parientes, líderes independentistas en 1812, que al fracasar fueron juzgados y sentenciados a la pena de muerte, posteriormente conmutada, y enviados a Cádiz para guardar prisión, amistad que no duró mucho, pasando a ser enemigos irreconciliables. De la Cerda era un abogado, muy preparado, piadoso, honesto, desinteresado y amigo del orden, aunque duro en sus decisiones sobre religión y orden.

Después de organizado el Estado y de pocos meses de tranquilidad en el país, don Juan Argüello destituye a De la Cerda, siete meses después que tomaron posesión (41). El 8 de abril de 1826 se aprueba la Constitución de Nicaragua y a fines de este año se disuelve la Asamblea Constituyente que la aprobó.

Se celebran nuevas elecciones de acuerdo con la nueva Constitución en la que participaron en una reñida contienda don Juan Argüello (liberal) y José Sacasa (moderado).

La nueva Asamblea Legislativa se había instalado en León el 13 de agosto de 1826, la cual debía nombrar a los candidatos al no reunir la mayoría de los votos de los electores, de acuerdo con el artículo 164 de la Constitución, y publicarlo por Decreto, pues las elecciones eran indirectas por medio de electores.

La Asamblea Legislativa se dividió, una parte quedó en León y la otra se trasladó a Granada. Ésta decretó la destitución de Argüello y entrega provisionalmente el gobierno a don Pedro B. Pineda y nombra a don Miguel de la

(41) Antonio ESGUEVA GÓMEZ diseña un cuadro en el que enumera 16 casos en los que el titular del ejecutivo abandona el poder por presión o por las armas. «Conflicto y paz en la historia de Nicaragua», *ob. cit.*, pág. 125.

Quadra como Ministro General. A su vez, Argüello desconoce la Asamblea de Granada, organiza un ejército y se dirige a atacar Granada.

Esta división impidió a la Asamblea Legislativa realizar el nombramiento de los candidatos y que el gobierno quedara legítimamente constituido.

Ante esta situación, De la Cerda asume el Poder del Estado ante la municipalidad de Managua, esgrimiendo su legitimidad como gobernante con base en su elección por el pueblo y su destitución arbitraria.

Así surgen dos poderes, uno en Managua y otro en León, lo que hizo más sangrienta la guerra de De la Cerda y Argüello hasta finales de 1828 y principios de 1829.

Las violaciones y fraudes constitucionales principales son los siguientes:

- a) Presos en León el Jefe de Estado electo, Pedro Benito Pineda y su Ministro General, Miguel de la Quadra Montenegro, son asesinados por hombres de Argüello el 15 de febrero de 1827. Este asesinato provoca la protesta de las municipalidades de Rivas y Managua y declaran que Argüello no tenía fundamento moral y legal para gobernar Nicaragua, ya que se le había vencido su plazo para ello por la promulgación de la Constitución. Le solicitan a De la Cerda que regrese al poder.
- b) De la Cerda es fusilado en Rivas el 27 de noviembre de 1828, después de un complot y simulacro de juicio dirigido y realizado por sus enemigos, un verdadero juicio fraudulento sin previa desaforación por el Poder Legislativo y sin respeto al debido proceso legal. Lo traiciona su pariente y Jefe de Armas, Francisco Argüello Aguilar, seducido por los encantos de doña Damiana Palacios (42), viuda del General Rafael Ruiz, Subjefe del Ejército del gobierno de De la Cerda. El General Ruiz, junto con el Jefe General del Ejército, Juan Francisco Casanova, fueron fusilados por orden de De la Cerda por traición a la patria y espionaje (43). Doña Damiana, alias «La Panameña», le pidió clemencia a De la Cerda, pero no se la concedió, y juró vengar la muerte de su marido.

De la Cerda es capturado, se organiza un Consejo de Guerra *ad hoc* en el que no quiso participar como auditor o consejero el Licenciado

(42) José DOLORES GÁMEZ (liberal) señala a doña Damiana como una mujer amorosa que logró capturar a De la Cerda en su propia casa la noche del 7 de noviembre de 1828.

(43) GÁMEZ considera que el crimen que se le imputó era absurdo porque BOLÍVAR no tenía ninguna intervención en el asunto y que el juicio fue secreto e inquisitorial (José DOLORES GÁMEZ, *Historia de Nicaragua*. Colección Cultural del Banco Nicaragüense, Managua, Nicaragua, 1993, pág. 274). Pero es importante recordar que BOLÍVAR, en la Carta de Jamaica de 19 de mayo de 1815, pensaba entregar a los ingleses Panamá y Nicaragua para obtener recursos y financiar la lucha por la independencia (cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Bolívar y el Derecho Constitucional*, Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua, pág. 52).

Laureano Pineda Ugarte, posteriormente Jefe de Estado, por considerar que era ilegal ese juzgamiento. Pineda expresó al rechazar el cargo: «yo no soy abogado de circunstancias». Pero fue sustituido por el Licenciado Valentín Gallegos, el cual durante el proceso bebía aguardiente y escribía (44).

Las consideraciones y las partes resolutivas del dictamen de Gallegos eran contradictorias porque, por un lado, expresa que De la Cerda, como Jefe de Estado, no podía ser juzgado sin la previa declaratoria de desaforación del Poder Legislativo, pero en la parte resolutiva dispuso que no importaba esa declaratoria, por lo que podía ser juzgado en virtud de la conveniencia general, pues la salud del pueblo es la suprema ley.

Juan Argüello envió a su Ministro don Narciso Arellano a Rivas y antes de su llegada, el juicio en contra De la Cerda se encontraba en una total indecisión, de tal manera que don Jerónimo Pérez decía que «ya se formaba un Consejo de Guerra; ya se declaraba nulo; ya se resolvían mandarlo a Granada; ya juzgarlo de nuevo en el mismo Rivas». Al llegar don Narciso se le juzgó y ejecutó.

Después de la condena y antes de ser ejecutado, la esposa de De la Cerda acudió a Juan Argüello para que le perdonara la vida, a lo cual accedió falsamente, pues detuvo al mensajero lo suficiente para que llegará el perdón después de la ejecución.

Se dice que doña Damiana tuvo un hijo cuya paternidad se le atribuye al Ministro Narciso Arellano del Castillo, quien convenció a Francisco Argüello Aguilar, pariente de Argüello y de De la Cerda, para traicionarlo.

- c) El 28 de enero de 1829 se cometió un horrendo crimen, denominado el asesinato de «La Pelona», atribuido a Argüello. Fueron asesinados miembros del gobierno de Manuel Antonio de la Cerda, entre otros, el Ministro General, Licenciado Juan Francisco Aguilar del Villar, ex-Rector de la Universidad y Secretario y firmante del Acta de Independencia de Nicaragua y Costa Rica. Algunos historiadores le atribuyen la responsabilidad de la ejecución al Ministro Narciso Arellano del Castillo y a sus hombres. Este hecho provocó indignación en la ciudadanía y en las familias afectadas, en especial a la familia Sacasa y Chamorro, por lo que se hizo una investigación amañada, que liberó de toda responsabilidad a Juan Argüello del Castillo y a Narciso Arellano del Castillo. Existen otras opiniones que defienden la actuación de Narciso Arellano.

(44) Jerónimo PÉREZ, *Obras Históricas Completas*. Fondo de Promoción Cultural del Banco Nicaragüense, Managua, Nicaragua, 1993, págs. 466 y sigs., 482 y sigs. y pág. 508 y sigs.

- d) El pueblo eligió a De la Cerda y a Argüello la Constituyente para un período de cuatro años y éste le propinó un golpe de Estado a De la Cerda, con lo cual se violó la voluntad popular y la constitucionalidad.
- e) En la segunda elección realizada de acuerdo con la Constitución vigente no se organiza el Poder Ejecutivo porque la Asamblea Legislativa se dividió y no pudo nombrar al Jefe y Vicejefe y legitimar la elección y el gobierno, lo cual representa un fraude constitucional.

B) VIOLACIONES Y FRAUDES CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON LAS CONSTITUCIONES DE 1838, 1848, 1854, 1858, 1893 Y 1905

Se celebraron elecciones y resultó electo don Dionisio Herrera y la Asamblea Nacional calificó la elección favorable a Herrera y asume el poder.

Se le plantea la necesidad de reformar la Constitución, a cuyos defectos le atribuyen las desgracias del país y, como no le dio importancia a la petición, se levantó una revolución que lo obligó a renunciar, la cual le fue aceptada y después rechazada, al fracasar la revolución. Continúa en el poder hasta 1834; posteriormente acaecen los acontecimientos que analizo durante los gobiernos de don José Núñez (1834 a 1835), don José Zepeda (1835 a 1837), el cual es asesinado (45), y don Fruto Chamorro.

En todo este período, tanto a nivel federal como nacional, existía intranquilidad, conflictos armados, presión para reformar la Constitución del Estado y la Federal, y deseos de separarse de la Federación.

Ante este desasosiego en el país se inicia un proceso de cambio constitucional y separación de la Federación.

Por Decreto de 4 de diciembre de 1837, aprobado por la Asamblea Legislativa, sancionado por el Consejo Representativo y promulgado por el Jefe de Estado don José Núñez, se decretó la revisión total de la Constitución del Estado de Nicaragua.

Por Decreto de 16 de diciembre de 1837 se dictan las reglas electorales para la elección de la Asamblea Constituyente.

Esta Constituyente fue impugnada por Laureano Pineda, Juan Ruiz y José Pérez en un estudio que publicaron, en el cual sostienen que la reforma total alteraría el pacto federal, por lo que sólo se podía adicionar o reformar algunos artículos. Agregaban que la forma de elegir la Constituyente no estaba de acuerdo con la Constitución.

Se celebraron elecciones para constituyentes y después de las elecciones la Asamblea Constituyente se instaló en Chinandega el 31 de marzo de 1838 y luego se trasladó a León.

(45) Fue abogado y militar. Una turba asaltó el cuartel y lo asesinaron el 25 de abril de 1837, durando en el cargo veinticinco meses.

Dicha Asamblea, por Decreto de 30 de abril de 1838, se separó de la Federación y culpó a los vicios de la Constitución Federal de ser la causa de la miseria y desolación del Estado y de la República entera.

La Constituyente aprueba la Constitución el 12 de noviembre de 1838, la cual fue sancionada el día 17 por el Jefe de Estado don José Núñez.

Era una Constitución inspirada en la democracia liberal, con equilibrio y división de poderes; con una lista amplia de derechos; breve; con elecciones indirectas; un poder legislativo bicameral; un Jefe del Ejecutivo electo por un período de dos años; organiza el Poder Judicial en forma independiente, con una Suprema Corte de Justicia dividida en dos secciones y establece garantías en los juicios civiles y penales; acepta la religión católica y romana como religión del Estado, pero también establece la libertad de religión; protege la propiedad y prohíbe la pena de confiscar bienes; consagra la libertad de pensamiento y prensa, prohibiendo la censura previa; estableció el sistema de control de la constitucionalidad a cargo del poder legislativo, y lo que es más importante y novedoso, aun el día de hoy, es que también la defensa contra la violación de los derechos y garantías constitucionales se le atribuye al pueblo mediante la desobediencia civil. Así lo establece el artículo 45 que dice: «Ningún poder tiene facultad para anular en la sustancia, ni en sus efectos, las garantías consignadas en la ley fundamental, cualquiera determinación, sea en forma de ley, decreto, providencia, sentencia, auto u orden que las contraríe, es por el mismo hecho nula, y ninguno tiene obligación de acatarla ni obedecerla».

La pugna entre liberales y conservadores continuaba; Granada y Managua competían por obtener la supremacía; las fuerzas militares de Honduras y El Salvador invaden Nicaragua, al mando de los Generales Francisco Malespín y Francisco Ferrara y realizaron durante cincuenta y nueve días un sitio sangriento a León; los Generales Bernabé Somoza Martínez y José María Valle (el Chelón) atacaron Managua y León y se apoderaron de Chinandega; se organiza un Gobierno Provisional en Managua, presidido por don Silvestre Selva Sacasa, para tomar el poder a la salida de Malespín de León; se impone el militarismo sobre el gobierno civil, amparado en la fuerza de las armas del General Bernardo Méndez (el Pavo) y el Mariscal Casto Fonseca (46); existía presión para reformar la Constitución de 1838.

Por otra parte, de 1838 a 1853 gobernaron el país seis Directores de Estado: don Pablo Buitrago, don Manuel Pérez, don José León Sandoval, don José Guerrero, don Norberto Ramírez, don Laureano Pineda y don Fruto Chamorro.

(46) Antonio ESGUEVA GÓMEZ en un cuadro enumera once generales que fueron titulares del ejecutivo («Conflicto y paz en la historia de Nicaragua», *ob. cit.*, pág. 128). A estos once hay que agregar un Comandante Guerrillero, Daniel ORTEGA SAAVEDRA.

Nuevamente se señala a los vicios de la Constitución como la causa de nuestra desgracia. El Director de Estado, don José León Sandoval, en uno de sus discursos expresaba que no se han dado los pasos para engrandecer Nicaragua, que más bien retrocede continuamente y se dirige rápidamente a su destrucción, se asesina a propietarios y hombres pacíficos, se asaltan cuarteles, existe impunidad y la virtud es calumniada. Termina expresando que ese cuadro es el que ha determinado al pueblo nicaragüense a reformar la Carta de 1838, atribuyéndole a ella su desventura.

Se le atribuían varios defectos: el período del Director de Estado era apenas de dos años y no de cuatro como el de los Jefes de Estado; el Poder Legislativo asumía mayores poderes que el Ejecutivo; establecía el derecho de la desobediencia; la comandancia de las armas del Estado la asumía un militar y no el Director.

Era una Constitución libérrima, pero no de acuerdo a los tiempos que se vivían. Desde la independencia de los pueblos latinoamericanos, el poder ejecutivo es el que se ha impuesto sobre los otros poderes, lo que dio lugar a la implantación de las dictaduras y el reino de la corrupción, a los golpes de Estado, a las guerrillas y guerras, a las continuas reformas parciales o totales de la Constitución, a las violaciones y fraudes constitucionales, la mayoría de ellas con la finalidad de asegurar la continuidad del poder del gobernante (47).

El Director Sandoval presentó, el 12 de marzo de 1847, un proyecto de reformas a la Constitución de 1838, con el objeto de fortalecer el Poder Ejecutivo confiriendo al Presidente (Director de Estado en la Constitución vigente) el cargo de Comandante General de las Armas; restringe el sufragio activo al exigir determinada cantidad de fortuna, para entregar el poder a los propietarios, a los oligárquicos; elimina el derecho a la insurrección o desobediencia; y suspende el régimen constitucional cuando se atente contra las autoridades constituidas.

Pronto se hizo sentir una fuerte reacción contra estas reformas. Uno de sus impugnadores fue el destacado jurista José Benito Rosales, quien expresaba que en Granada no habían sesenta personas cuyo capital alcanzara la suma de dos mil pesos, atacaba las comandancias departamentales que establecía el Proyecto porque se retornaba al feudalismo, rechazaba la reelección ilimitada del Presidente porque propiciaba la tiranía vitalicia.

Las dos cámaras del Poder Legislativo no se conformaron con proceder a la reforma parcial de la Constitución, sino que dispusieron la revisión total por Decreto de 19 de marzo de 1847, para lo cual debía convocarse a una Asamblea Constituyente, la cual, después de su elección, quedó instalada el

(47) Esto, lógicamente, ha estado cambiando en la actualidad, y se vive un período de mayor tranquilidad institucional en nuestros países, aunque la pobreza, la falta de educación y desarrollo económico está poniendo en crisis nuestros sistemas democráticos, ante el emergente populismo que a través de elección pretende perpetuarse en el poder.

día 3 de septiembre de 1847 en la ciudad de Managua, en un ambiente repleto de tensiones políticas.

La presidencia de la Constituyente le correspondió a don Pío J. Bolaños. El 17 de septiembre del citado año se nombró una Comisión especial compuesta por la mayoría de los miembros de la Constituyente, que estaba integrada por diecisiete miembros, para redactar el proyecto de Constitución, el cual fue elaborado el 5 de abril de 1848, siete meses después.

Los debates fueron interesantes y cargados de fuertes pasiones. Grupos de manifestantes rodearon el edificio donde se realizaban las discusiones y varios diputados portaban armas. El diputado Pablo Carvajal propuso que el Proyecto fuera publicado para ser revisado por el Ejecutivo y las municipalidades y que después de algún tiempo se convocara a un Constituyente, pero no encontró eco. Por el contrario, se procedió a la votación y los diputados opuestos al Proyecto abandonaron sus asientos y la sesión se suspendió por falta de quórum.

Se pretendió obligar por la fuerza a los diputados a asistir a las sesiones, pero no se logró, los que contaban con el apoyo del Ejecutivo, cuyo titular era don José Guerrero, quien para ganarse la confianza de los granadinos simula un pleito con el General Trinidad Muñoz.

Se disolvió la Constituyente ante el levantamiento militar de León y la oposición tenaz al Proyecto de Constitución, el cual es considerado como el instrumento de predominio de la oligarquía. La Constituyente fracasó y sólo quedó un Proyecto de Constitución.

Este es un fraude constitucional provocado por los actores políticos en confrontación.

Don Laureano Pineda resultó electo como Director de Estado en el año de 1851 y trasladó la capital a Managua, lo cual fue interpretado por León como una forma de favorecer a Granada.

León se levantó en armas con el General Trinidad Muñoz a la cabeza, encarcelaron a don Laureano Pineda, desconocieron al Poder Legislativo y el Ejecutivo. Crearon un Gobierno Provisional, eligiendo como Director del Estado a don Justo Abaunza. Para legitimar este golpe y tener una Constitución favorable, adelantándose a los conservadores, los rebeldes solicitaron la celebración de una Asamblea Constituyente.

El golpe de Estado de los leoneses fue rechazado por la Asamblea Nacional, que tenía su asiento en Managua, y nombró como Director de Estado a don José Montenegro, e inmediatamente después a don Jesús Alfaro. El gobierno se trasladó a Granada y don Laureano Pineda, al regresar del exilio, asumió nuevamente el cargo.

Surgen así nuevamente en Nicaragua dos gobiernos, uno en Granada y el otro en León. El ejército del gobierno de Granada estaba al mando del General Fruto Chamorro y el de León del General Trinidad Muñoz. Los dos

ejércitos se enfrentaron en otra guerra y resultó vencedor don Fruto Chamorro y desterrado el General Trinidad Muñoz el 10 de enero de 1852.

Se celebraron elecciones en la cual participaron veintiséis candidatos, pero como ninguno de ellos reunió la cantidad de votos para ser elegido popularmente, la Asamblea Nacional nombró el 26 de febrero de 1853 como Director de Estado al candidato, General Fruto Chamorro, de acuerdo con los artículos 75 y 76 de la Constitución de 1838.

El nuevo Director de Estado era uno de los principales impugnadores de la Constitución de 1838. Por tal razón emitió el Decreto de 16 de mayo de 1853, en virtud del cual se convocaba a elección de diputados para una constituyente que cambiaría la Constitución de 1838, pero en el decreto no se señaló tiempo para la elección e instalación de la misma, dejando al gobierno esta determinación para buscar el mejor momento. Este cambio fue interpretado por los leoneses como una provocación al liberalismo.

Fruto Chamorro denunció un complot revolucionario que se estaba fraguando en León, por tal razón ordenó la captura de sus principales opositores leoneses: Francisco Castellón, José Guerrero, Máximo Jerez, los coroneles Francisco Díaz Zapata y Mateo Pineda. Pero todos lograron escaparse menos Jerez, Díaz Zapata y Castellón, quienes eran diputados a la Constituyente.

Los detenidos fueron procesados en un juicio fraudulento sin que se les permitiera el derecho de defensa, violando el principio del debido proceso legal. Fueron condenados a la expatriación.

Se celebraron elecciones para la Constituyente y se instaló el 22 de enero de 1854 en la ciudad de Managua, con ausencia de los diputados opositores de Occidente. El Director Supremo pronunció un discurso en el que pedía cambio de nombre de Estado por el de la República, prolongar el período del Ejecutivo de dos a cuatro años, fortalecer el orden y la autoridad.

La Asamblea Constituyente, por Decreto de 28 de febrero de 1854, cambió el nombre de Estado por el de República, y dispuso que el titular del Ejecutivo se llamaría Presidente.

La Asamblea Constituyente aprobó la Constitución el 30 de abril de 1854, sancionada por el mismo General Fruto Chamorro el mismo día, la cual fue publicada.

El artículo 17 y siguientes exigía la elección popular para la Presidencia de la República y en el artículo 49 de esta Constitución no se permitía la reelección a continuación del período anterior, pero en el artículo 109 de la misma se reservaba el derecho a la Asamblea Constituyente para elegir al Presidente de la República durante el primer período. La Constituyente solamente había sido convocada para hacer una nueva Constitución y no para otros casos extraños de su convocatoria, como la elección de Presidente. A pesar de lo expuesto, la Constituyente nombró Presidente a continuación de la promulgación de la Constitución, en forma fraudulenta, al General don

Fruto Chamorro, quien continuó en el poder sin pasar por la prueba de la elección popular.

Esta Constitución reflejaba el centralismo y la dureza del General Fruto Chamorro. Fue criticado fuertemente y con razón. Se dijo que hacía de la República una monarquía, del Presidente un monarca que oculta la inviolabilidad y el poder hereditario de pocas familias, y decide a su antojo, lo cual puede degenerar en un despotismo insoportable (48).

El período de don Fruto Chamorro se extendió más del señalado por la Constitución (cuatro años), pues se le sumó el período de dos años como Director de Estado.

La aprobación de la nueva Constitución, la derogación de la de 1838 y la elección del General Fruto Chamorro como Presidente indignó a sus opositores porque en realidad todo se había hecho dentro de un fraude constitucional, el cual se encuentra entre los principales motivos de la revolución contra Fruto Chamorro.

Los revolucionarios invadieron desde Honduras en el mes de mayo de 1854, iniciándose así la guerra civil. Eran encabezados por el General Máximo Jerez. Desembarcaron en El Realejo y tomaron por sorpresa la plaza de Chinandega.

Continúa la guerra civil y principia la nacional contra el invasor William Walker, en la que participan los países centroamericanos, la cual se inicia con la unión de los nicaragüenses en virtud del Pacto Providencial de 12 de septiembre de 1856.

William Walker era un médico y abogado norteamericano, aventurero, esclavista y conquistador que pretendió apoderarse de Nicaragua. Fue traído por los liberales para derrotar a los conservadores (legitimistas), pero al final ambos bandos se unieron ante las pretensiones extranjeras de apoderarse del país.

El 20 de junio de 1856, el filibustero Walker entra con su tropa a Granada, desconoce al Presidente Patricio Rivas, nombró como Presidente a su leal amigo Fermín Ferrer. Éste convocó a elecciones directas de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 10 de junio de 1856, firmado por Patricio Rivas, presionado por Walker ante la inconclusa elección convocada por Patricio Rivas para terminar con el interinato, en la que participaron Rivas, Jerez y Salazar, verificadas en forma indirecta de acuerdo con la Constitución de 1838, el cual ya había sido revocado, pero aún así hizo valer el citado decreto, en oposición a la Constitución de 1838 que establecía las elecciones indirectas. Las elecciones se realizaron con el propósito de proclamar Presidente a Walker que no reunía los requisitos para ser Presidente consagrados en los artículos 19, 130 y 131 de la Constitución.

(48) Cfr. Antonio ESGUEVA GÓMEZ, *Historia Constitucional de Nicaragua*. Lea Grupo Editorial, Managua, Nicaragua, 2006, págs. 40 y 41.

Se celebraron elecciones y en un fraude sin precedentes resulta electo Presidente de la República de Nicaragua, William Walker; los soldados de Walker votaron, lo que estaba prohibido, las personas votaban varias veces, los cómputos eran falsos.

Alejandro Hurtado Chamorro asegura que Walker obtiene el apoyo de Granada cuando da a conocer que al triunfar cualquiera de los tres candidatos demócratas, la capital se trasladaría definitivamente a León. Agrega Hurtado que Granada cambió mucho: la soldadesca sucia y descalza fue sustituida por oficiales elegantes, muchos de los cuales fueron acogidos en la sociedad con beneplácito, contrajeron matrimonio y se instalaron definitivamente, los oficiales filibusteros se batían por celos por obtener favores de una bella granadina, etc. (49).

En su gobierno persiguió a sus enemigos, a los que se les confiscaban los bienes, estableció la esclavitud, cambió la bandera, estableció el uso del idioma inglés y el español en los documentos oficiales, reorganizó la Corte Suprema y estableció el Registro de Inmuebles, el que no existía todavía en Nicaragua (50).

Fue expulsado de Nicaragua y fusilado el 12 de septiembre de 1860 en Trujillo (Honduras).

La inquietud por una nueva Constitución aparece en 1857, antes del fin de la Guerra Nacional. El Presidente don Patricio Rivas nombra un Consejo Consultivo, al que le encargó redactar un Proyecto de Constitución que reflejara la realidad del país, eliminando las debilidades de la Constitución de 1838 y el centralismo despótico de la de 1854.

Al finalizar la Guerra Nacional, el 24 de junio de 1857 se organizó el gobierno Binario o Chachagua, el cual duró siete meses, pues el 11 de noviembre del mismo año, la Asamblea Constituyente, después de abiertos los pliegos electorales, declaró Presidente a Tomás Martínez (51).

El Gobierno Chachagua era, pues, un Gobierno provisional integrado por los Generales Tomás Martínez (conservador) y Máximo Jerez (liberal), el cual por Decreto de 26 de agosto de 1857 convocó a una Asamblea Constituyente de acuerdo a la ley de 17 de abril de 1847 (52), la cual contaría los votos emitidos y daría posesión al que resultare electo, con duración de lo señalado en la nueva Constitución. Se celebraron las elecciones para diputa-

(49) Alejandro HURTADO CHAMORRO, *William Walker. Ideales y propósitos*, Granada, Nicaragua, 1965, pág. 100 y sigs.

(50) Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral Nicaragüense*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1999, pág. 53 y sigs.

(51) Cfr. Jorge Eduardo ARELLANO, *Historia de Nicaragua*, Editorial Cira, Managua, Nicaragua, 1997. Vol. II, págs. 131 y 132.

(52) Cfr. Marcos A. CARDENAL TELLERÍA, *Nicaragua y su historia (1502-1936)*, Managua, Nicaragua, 2000, T. 1, pág. 344.

dos constituyentistas y la Asamblea Constituyente se instaló el 9 de noviembre de 1857.

También, en virtud del citado decreto, se convocó a elección de Presidente de la República de acuerdo con la Ley de 19 de diciembre de 1838. Se celebraron las elecciones y resultó electo popularmente como Presidente, el General Tomás Martínez. La Asamblea Constituyente, después de abrir los pliegos de la votación, declaró que había ganado la elección, casi por unanimidad, al resultar favorecido por cuatrocientos cuarenta y dos votos de los cuatrocientos cuarenta y ocho electores de los distritos de la República, debido al prestigio por su lucha contra Walker (53). Toma posesión el 11 de noviembre de 1857, como ya lo expresamos, y se inicia el primer período presidencial de Tomás Martínez (1857 a 1859).

La Asamblea Constituyente aprueba la Constitución el 19 de agosto de 1858, la cual es sancionada el mismo día bajo la presidencia de Tomás Martínez, la cual se publicó en todos los pueblos.

Se decidió que como la primera elección del Presidente Martínez fue en noviembre de 1857 y la Constitución se sancionó en agosto de 1858, no tenía efecto retroactivo el artículo 32 de la nueva Constitución, que prohibía la reelección para el siguiente período al que la haya servido anteriormente y disponía que el período del Presidente era de cuatro años y comienza y termina el primero de marzo. Así interpretado, se impuso el criterio de que el período presidencial de Tomás Martínez comenzaría el primero de marzo de 1859 y terminaría el primero de marzo de 1863, alargando su período presidencial. En otras palabras, fue nombrado Presidente por la Asamblea Constituyente el 11 de noviembre de 1857, en base a la elección popular anterior a la aprobación de la Constitución y, sin nueva elección popular, dio por iniciado su período del primero de marzo de 1859 al primero de marzo de 1863, de acuerdo a la nueva Constitución y el pacto del 26 de agosto de 1857.

Al terminar su período presidencial, don Tomás Martínez se vuelve a proclamar como candidato presidencial, lo cual provoca división en el partido conservador, protestas, inquietudes, porque se quería reelegir violando el artículo 32 de la Constitución que la prohibía.

Frente a esta impugnación los licenciados Gregorio Juárez y Liberato Cortés opinaron que dicho artículo no se le podía aplicar al Presidente Martínez porque fue posterior a su primera elección popular (1857), o en palabras más claras, la elección del Presidente Martínez se realiza antes de la promulgación de la Constitución y de la Constituyente y, por lo tanto, la designación para sus primeros cuatro años (1859 a 1863) como Presidente no fue hecha

(53) Cfr. Enrique BELLÍ CORTÉS, *50 años de vida republicana, 1859-1909*, Managua, Nicaragua, 1967, págs. 30, 31, 39 y 40. Marcos A. CARDENAL. T., *Nicaragua*, 2000, pág. 344. FRANCISCO ORTEGA ARANCIBIA, *Historia de Nicaragua*, Madrid, 1957. T. I., pág. 372.

por la Constitución de 1858, por lo que ésta no podía tener efecto retroactivo e impedir su reelección (54).

Para aclarar el problema, Máximo Jerez y Eduardo del Castillo presentaron un proyecto ante la Cámara de Diputados para que declararan que Tomás Martínez era elegible, pero después fue retirado por la fuerte oposición que recibió. Como ya expresamos, en igual forma Fujimori interpretó a favor de su reelección por ley ordinaria la Constitución. La historia frecuentemente se repite hasta en la lejanía.

Se celebraron las elecciones a pesar de las impugnaciones. Compitió con don José Joaquín Cuadra, postulado por el Partido Conservador. El Congreso debía hacer el escrutinio, calificar la elección y proclamar al electo como Presidente de acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Constitución. El Congreso primero declaró la elegibilidad como Presidente de Tomás Martínez con relación al artículo 32, y después comprobaron que tenían la mayoría de los votos de los electores y lo declaró electo.

La oposición protestó enérgicamente en el Congreso, en un documento donde se impugnaba de nula la elección. Decía: «Pedimos que se consigne nuestro voto negativo a la elección del General Tomás Martínez, por ser este acto abiertamente opuesto al artículo 32 de la Carta Fundamental, que prohíbe del modo más explícito, recaiga una nueva elección sobre el ciudadano que ejerza actualmente la presidencia, así como el espíritu de toda ella que ha querido garantizar la elección libre de los nicaragüenses. Porque las facultades de los señores Presidentes están limitadas a las atribuciones que la Constitución y leyes le confieren y es nulo todo acto que ejecuten fueran de su legal intervención (art. 4.º Cn.). Por tan poderosos motivos, a nuestro nombre y el de nuestros comitentes, declinamos de la manera más solemne la responsabilidad moral por la infracción flagrante que hoy, a nuestro juicio se comete del código santo que los pueblos han puesto en nuestras manos, Managua, 27 de enero de 1863» (55).

El pueblo también percibía que el que había ganado la elección era José Joaquín Cuadra.

El General Tomás Martínez ejerció el poder durante diez años, sin incluir el corto período que compartió con Máximo Jerez en el Gobierno Chachagua, en tres períodos, uno tras el otro: de 1857 a 1859, de 1859 a 1863, de 1863 a 1867, valiéndose de pactos, constituyentes, prolongación de períodos, elecciones ilegítimas y otro tipo de maniobras. Este es otro fraude y violación constitucional.

Es importante aclarar el problema de la retroactividad de la Constitución o reforma constitucional, el que se nos presenta a lo largo de nuestro

(54) Cfr. Enrique BELLI CORTÉS, «50 años de vida republicana», *ob. cit.*, pág. 54.

(55) Enrique BELLI CORTÉS, «50 años de vida republicana», *ob. cit.*, págs. 49 y 50.

constitucionalismo, para la cual usaremos como ejemplo la actual Constitución.

La Constitución vigente en el artículo 38 dispone que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo. Se refiere a la ley ordinaria (56).

La Constitución tiene aplicación inmediata y el poder constituyente puede establecer cuáles artículos constitucionales o leyes ordinarias tendrán efecto retroactivo.

Tienen efecto inmediato y efecto retroactivo aquellas disposiciones constitucionales que así lo expresan o que han tenido en consideración hechos pasados que afectan el interés general, la libertad o el libre juego democrático (57). Ejemplos: la disposición que establece como causas de inhabilidad la reelección o haber gobernado de facto por golpe de Estado; la disposición que elimina la esclavitud; la disposición que elimina los privilegios ofensivos; la disposición que elimina la tortura.

Ya lo he expresado en mi Manual de Derecho Constitucional: «No sin ingentes sacrificios, la humanidad ha dado al traste con graves restricciones a la libertad, a la igualdad, al desarrollo del proceso democrático y a la dignidad de la persona. Un buen día histórico se terminó con la tortura, otro con la esclavitud; después con la servidumbre, más adelante con la monarquía, estableciendo el principio de la soberanía popular, seguidamente consagró el sufragio universal, eliminando el censatario, etc. Son decisiones políticas fundamentales que deben entrar en vigencia en forma inmediata. No se permite abrir debates sobre si se destruyen o afectan derechos adquiridos (*ius quaesitum*) en forma retroactiva. De haber sido así, difícilmente se hubiera dado el avance político o social. El Derecho y los avances históricos hacia el mejoramiento de la humanidad no pueden quedar congelados por principios de tal naturaleza. Así lo exige el interés general» (58).

Pero una disposición constitucional que, por ejemplo, prohíba la venta de tierras ejidales, no puede retrotraerse para despojar a las personas que las hayan adquirido anteriormente por ley que lo permitía.

(56) Así lo confirma la Corte Suprema de Justicia en sentencia de las 12:30 p. m. del 5 de agosto de 1996, B. J., pág. 32.

(57) Los derechos individuales de la libertad, dentro del sistema democrático, presentan dos dimensiones: una subjetiva, que faculta al individuo a ejecutar y hace valer sus derechos ante los tribunales; y la otra objetiva, que impone al ordenamiento y sistema jurídico a organizar al Estado y la sociedad bajo el imperio de la mayor libertad posible (cfr. Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «La dimensión jurídica-objetiva de la libertad de información y comunicación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, año 26, mayo-agosto de 2006, pág. 111 y sigs.).

(58) Iván ESCOBAR FORNOS, Editorial Hispamer, 2.^a ed., Managua, Nicaragua, 1998, pág. 55.

Se celebraron nuevas elecciones en el año de 1887 y resultó electo como Presidente don Evaristo Carazo, para un período de cuatro años que comenzaba el primero de marzo de 1887 y terminaba el primero de marzo de 1891, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución.

El Presidente Carazo muere repentinamente de un ataque al corazón en una visita a Granada el día primero de agosto de 1889, dos años y cinco meses después de su período constitucional.

Si la muerte hubiera ocurrido antes de la mitad del período (entre 1887 y 1888), era necesaria una nueva elección popular, ya que el artículo 51 de la Constitución preceptuaba en tal caso que se convocara nuevamente a elección presidencial por falta absoluta del Presidente. También se mandaba en concordancia con el artículo 41, inciso 4 de la Constitución, que si fuere después del segundo año de la Presidencia la falta absoluta del Presidente sucederá el Designado, como así resultó.

Los Designados hacen las funciones del Vicepresidente donde no existe esta institución. El procedimiento para su elección es sencillo. De acuerdo con el citado artículo 41, inciso 1 de la Constitución de 1858, le corresponde al Congreso elegir por votación cinco senadores propietarios o suplentes, cuyos nombres constaran en pliegos separados y cerrados. Estos pliegos serán insaculados para sacar tres que serán marcados con números sucesivos del uno al tres, los cuales se guardaban dentro de un cofre sellado y lacrado en el Ministerio de la Gobernación bajo la responsabilidad del Ministro. Este procedimiento se practicaba cada año, de tal manera que año con año cambiaban los Designados.

Mientras se efectuaba la desinsaculación del designado marcado con el número uno, el Ministro de la Gobernación asumía interinamente la Presidencia.

El Ministro de Gobernación, en sesión solemne, procedía a la desinsaculación del Designado y leía su nombre.

Era posible conocer el nombre de los tres Designados al momento de poner los nombres en los pliegos, lo mismo que presionar en el Congreso para que la votación se inclinara a favor de determinado senador.

Como el Presidente Carazo muere después de los dos años de su período presidencial, se realizó la escogencia por el procedimiento de los Designados, resultando favorecido el Doctor Roberto Sacasa.

Sacasa termina el período de Carazo y se celebraron de nuevo elecciones presidenciales y el Doctor Sacasa presentó su candidatura para reelegirse a pesar de la prohibición de la reelección consagrada en el artículo 32. Sostenía que no había llegado a la presidencia a través de una elección popular sino como Designado a través del Congreso.

Este argumento no tenía ningún asidero legal porque el artículo 32 no hacía ninguna distinción, si a la presidencia se había llegado por la elección

popular o por designación, bastaba que el ciudadano hubiera servido la titularidad presidencial.

Se celebraron las elecciones bajo una fuerte represión y amenazas a los votantes y periodistas por parte del gobierno. Estas elecciones le dieron el triunfo por unanimidad al Doctor Sacasa. Fueron calificadas de represivas y fraudulentas.

En esta forma se realizó una violación al artículo 32 de la Constitución y un fraude electoral. Como consecuencia de esta violación, en 1893 se levantó una Revolución en Granada y Masaya contra el Presidente Roberto Sacasa y se organizó una Junta de Gobierno en Masaya el 20 de mayo de 1893. Se principia otra guerra civil el 31 de mayo de 1893.

Con la mediación del Ministro de los Estados Unidos en Nicaragua se firmó un convenio de paz denominado Pacto de Sabanagrande, el cual condujo a la renuncia de Roberto Sacasa y a la organización de una Junta de Notables encabezada por el Senador Salvador Machado, quien entregó el poder a Joaquín Zavala ante la imposibilidad de desarmar a los liberales de León.

Los liberales continuaron la guerra en forma independiente, que los llevó al triunfo. El 30 de julio de 1893 se firmó un convenio de paz que puso fin a la guerra.

Triunfa la revolución liberal encabezada por el General José Santos Zelaya, y la Junta de Gobierno, presidida por él, puso en vigencia mediante decreto la Constitución de 1858 mientras se promulgara la nueva.

El 25 de agosto de 1893 publicó la Ley para la elección de diputados a la Constituyente. Se celebraron elecciones para la Asamblea Constituyente y se instaló el 15 de septiembre de 1893. Este mismo día, por medio de decreto, eligió como Presidente de la República al General José Santos Zelaya y como Vicepresidente al General Anastasio J. Ortiz, ambos para el primer período constitucional, una vez que se aprobara la nueva Constitución, sin lugar a la reelección. Mientras se promulgara la nueva Constitución ejercerían la Presidencia y Vicepresidencia en la forma indicada anteriormente.

Dos nombramientos hizo la Asamblea Constituyente, uno para la Presidencia y Vicepresidencia en forma provisional y otro para el período constitucional una vez aprobada la Constitución, sin ninguna elección popular.

La elección provisional tiene su explicación porque la revolución daría al traste con toda la organización, social, económica, política y del sistema jurídico del país, rompiendo el orden legal y constitucional. Para lo cual era preciso actuar con rapidez y eficacia.

La toma de posesión para el período constitucional se realizó el primero de febrero de 1894.

La Constituyente aprobó la Constitución el 10 de diciembre de 1893, sancionada el mismo día y promulgada el 4 de julio de 1894.

Los liberales leoneses, ya rechazaban a Zelaya por su forma dictatorial de gobernar. El cuartel militar de León fue entregado por su comandante, el General liberal Benito Chavarría, y se inicia así el 24 de febrero de 1896 una Revolución contra Zelaya encabezada por el General Anastasio Ortiz. En ella participan, entre otros, los Generales Paulino Godoy y Francisco Baca h.

Se traslada una parte de la Asamblea Legislativa a León, se unió a los revolucionarios y se declara instalada en dicha ciudad por decreto del mismo día 24 de febrero. Por decreto del mismo día, le propinó un golpe de Estado a Zelaya por ser violador de la Constitución, y en su lugar nombra Presidente al Vicepresidente el Doctor y General Francisco Baca h.

El mismo día 24 de febrero, la Asamblea Nacional reunida en Managua, decretó el Estado de Sitio, y atribuyó al Presidente Zelaya la facultad, de acuerdo con el artículo 82, inciso 7 de la Constitución, de disponer de lo que considere conveniente para la seguridad y defensa interior de la República. Zelaya declara traidores a los revolucionarios.

Zelaya derrota a los revolucionarios en mayo de 1896, lo que lo animó a reelegirse, sin siquiera convocar a elección, todo lo cual se lo prohibían los artículos 95, 96 y 159 de la Constitución. El primero disponía que la elección del Presidente y Vicepresidente debía ser popular y directa; el segundo prohibía la reelección para el siguiente período; y el tercero no permitía la reforma constitucional de los artículos que prohibían la reelección del Presidente o del que lo sustituya (Vicepresidente) y que establezcan el período del Presidente para que tengan efectos en el período que corre o en el siguiente.

Para burlarse de la Constitución, la Asamblea Nacional ordinaria se convierte en Asamblea Constituyente (59), la cual por decreto aprobado el 9 de septiembre de 1896 y sancionado el día 11, suspendió los efectos de los citados artículos, los que tendrían efecto desde el 1 de febrero de 1902 en adelante y declaró electo como Presidente de la República al Presidente Zelaya para el período que comenzaría el día 1 de febrero de 1889 y culminaría el 31 de enero de 1902.

Convertir la Asamblea Legislativa ordinaria en Constituyente, suspender la aplicación de los artículos que ordenan las elecciones populares y prohíben la reelección y su reforma, son maniobras constitucionales fraudulentas. Convertir la Asamblea Legislativa en Constituyente viola la soberanía popular y la reforma o suspensión de los citados artículos que, como ya expresamos anteriormente, no puede ser realizada para abrir el paso a otra reforma constitucional a fin de consagrar lo que prohíbe la Constitución, como tampoco suspenderlos para no aplicarlos.

(59) Cfr. Enrique BELLI CORTÉS, «50 años de vida republicana, 1859-1909», *ob. cit.*, pág. 279.

Se convoca nuevamente a elecciones, las que se realizaron el 10 de noviembre de 1901 y, como se esperaba, resultó triunfador el General Zelaya, todavía amparado por las suspensiones de los artículos 95, 96 y 159, que le impedía ser nuevamente Presidente. En la elección no tuvo competidor. Otro fraude constitucional. Su nuevo período principiaba en 1902 y terminaba en 1906.

El 12 de noviembre de 1905 se celebraron nuevamente elecciones presidenciales y Zelaya, como único candidato, es elegido Presidente de la República, sin el impedimento de la reelección, pues con anterioridad, el 30 de mayo de 1905 se había sancionado y aprobado la nueva Constitución que no prohibía la reelección, por una Asamblea ordinaria convertida en Constituyente. El nuevo período de Zelaya comenzaría el 1 de enero de 1905 y debía terminar el 31 de diciembre de 1911. Otro fraude constitucional.

La revolución contra Zelaya se intensifica, el gobierno de Estados Unidos deseaba destituirlo, la situación era inestable, la revolución, que comienzan los liberales, se la apropian los conservadores, la vergonzosa nota Knox de los Estados Unidos por el fusilamiento de dos norteamericanos que formaban parte de la revolución, el Proyecto del Canal, entre otras, fueron las causas de su renuncia. En la Asamblea Nacional asume la Presidencia, el 21 de diciembre de 1909, el doctor José Madriz, poniendo fin al gobierno de Zelaya, el cual duró dieciséis años.

C) VIOLACIÓN Y FRAUDE CON RELACIÓN A LAS CONSTITUCIONES *NON NATA* DE 1911, DE 1911 Y *NON NATA* DE 1913

La revolución triunfante entró en Managua y José Madriz renuncia el 19 de agosto de 1910, deposita el poder en José Dolores Estrada, pero después de poco tiempo lo traspasó a Juan José Estrada, quien es apoyado por los Estados Unidos y les pide ayuda. Envían a Thomas C. Dawson, Director de la Sección Latinoamericana del Departamento de Estado.

El gobierno de Nicaragua celebra un convenio económico y político con Estados Unidos (denominados Pactos Dawson), entre el 27 y 30 de octubre de 1910. Era un pacto entreguista. Entre otros compromisos contraídos, se convino convocar a una Asamblea Constituyente, la que nombraría por un período de dos años al General Juan José Estrada como Presidente de la República y como Vicepresidente a don Adolfo Díaz; después de este período debía seleccionarse por mayoría de votos candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia para el período constitucional, los cuales debían representar a la Revolución y al Partido Conservador; y se proscribió al zelayismo.

De acuerdo a dicho pacto se convocó a elecciones para Asamblea constituyente. Las elecciones fueron unilaterales. Se instaló la Constituyente el

1 de enero de 1911, día en que fueron nombrados para el período de dos años Juan José Estrada como Presidente y Adolfo Díaz como Vicepresidente (Gobierno *Pro Tempore*).

La comisión nombrada por la Constituyente presentó el Proyecto de Constitución el 19 de enero de 1911, pero tenía dos puntos muy conflictivos; a saber: a) Se disponía que la religión Católica, Apostólica y Romana era la religión del Estado (60). Esto llevó al Presidente Estrada a protestar y a presentar su renuncia (la que no fue tramitada) porque violaba el convenio que había celebrado con Emiliano Chamorro y Adolfo Díaz de respetar los principios de la Constitución de 1893. b) Establecía el voto de censura contra los Ministros y el que lo recibía debía ser separado de su cargo (61). Los Generales Mena y José María Moncada se sentían perjudicados por esa decisión, razón por la cual aconsejaron al Presidente Juan José Estrada para que disolviera la Constituyente, lo que así hizo por decreto del 11 de abril de 1911 y en el mismo convocó a otra Constituyente. Para la disolución de la Asamblea Constituyente, el Ejército entró al recinto y expulsó a los diputados. Esta Constitución es denominada la *non nata* de 1911. Se comete otro fraude constitucional en nuestro país.

La segunda Constituyente convocada por el Decreto de 5 de abril de 1911, aprobó una nueva Constitución, la que fue promulgada el 21 de diciembre de 1911 y vigente hasta 1939 al haber sido sustituida por la Constitución de esta fecha (1939).

El 9 de mayo de 1911 renuncia el Presidente Juan José Estrada y asume la Presidencia el Vicepresidente Adolfo Díaz para completar el período que terminaba el 31 de diciembre de 1912.

La Asamblea Constituyente que aprobó esta Constitución nombró anticipadamente, sin mediar elección popular, al General Luis Mena como futuro Presidente para el período posterior al Gobierno Provisional, lo cual fue confirmado en el artículo 170 de las disposiciones transitorias de la Constitución. Esta decisión puso en mala disposición al actual Presidente del Gobierno Provisional, don Adolfo Díaz y al gobierno de Estados Unidos porque violaban los Pactos Dawson que exigían las elecciones libres posteriores al Gobierno Provisional. No obstante, la Constitución fue aprobada, promulgada y estuvo en vigencia hasta 1939. Esto dio lugar a otra guerra civil, conocida como la Guerra de Mena.

Díaz pidió ayuda al gobierno de Estados Unidos. Las tropas norteamericanas entraron en el país y Mena tuvo que abandonar Nicaragua. La intervención extranjera, con interrupción de algunos meses en 1925, se extendió hasta el 1 de enero de 1933.

(60) Artículo 6

(61) Artículo 125, inciso *fine*.

La Constituyente realiza otro fraude constitucional al nombrar anticipadamente como Presidente al General Mena.

El 18 de octubre de 1912 se convocó a una tercera Asamblea Constituyente para elaborar una nueva Constitución.

La Asamblea Constituyente se instala y la comisión nombrada preparó un nuevo Proyecto de Constitución.

Esta Constituyente no gozaba de la simpatía del gobierno de Díaz, por lo que le pidió limitar sus funciones al suprimir los artículos 168 y 170 de la Constitución vigente de 1911, advirtiéndole que si no atendían esta petición la Constituyente sería disuelta. Temerosos los diputados constituyentistas se limitaron por el Decreto de 5 de abril de 1913 a declarar insubsistente dichos artículos, quedando vigente el resto de la Constitución.

La Constituyente se convirtió en Asamblea Legislativa Ordinaria a pesar de que ya se había firmado las reformas a la Constitución.

El artículo 170 derogado era el que confirmaba la elección del General Mena para suceder a Díaz. Este Proyecto de Constitución fue denominado la Constitución *non nata de 1913*, pues la Constituyente, por imposición del gobierno, limitó su función a una reforma parcial de la Constitución y se abstuvo de hacer una nueva como le correspondía. Se consuma así otro fraude constitucional.

Concluida la Guerra de Mena se celebraron elecciones unilaterales en 1912 bajo control de los marinos americanos, en la que gana Adolfo Díaz para un período de 1913 a 1916, pues de acuerdo a los Pactos Dawson, el liberalismo no compareció a las elecciones.

Nuestra historia registra varias elecciones unilaterales, sin competencia, claramente violatorias del derecho constitucional del sufragio y contaminadas por el fraude. Veamos algunos ejemplos:

1. Elecciones unilaterales: a) Las dos elecciones del General Zelaya en 1900 y 1905. b) Las elecciones para la primera constituyente de 1911 en la que no concurrió el Partido Liberal. c) Las elecciones de 1912 en que ganó Adolfo Díaz. El Partido Liberal no concurrió porque se lo prohibían los Pactos Dawson. d) Las celebradas en 1916 en las que ganó la Presidencia el General Emiliano Chamorro. El candidato liberal era el Doctor Julián Iriás, pero fue rechazado por los norteamericanos por su vinculación al zelayismo y el Partido Liberal no concurrió. e) Las elecciones del 8 de diciembre de 1936 en las que ganó el General Somoza como candidato del Partido Liberal Nacionalista y en la que concurrió únicamente el Partido Conservador Nacionalista que más bien lo apoyó.

2. Elección notoriamente fraudulenta: la elección del 2 de febrero de 1947 en la que ganó la Presidencia el candidato del Partido Liberal Nacionalista, el Doctor Leonardo Argüello Barreto.

3. Elecciones con oposición escogida, o que no representa peligro de perder la elección: a) El 3 de febrero de 1957, Luis A. Somoza Debayle triunfó en elecciones populares para Presidente de la República frente a Edmundo Amador, candidato del Partido Conservador. b) El 3 de febrero de 1963 ganó las elecciones para la Presidencia, el Doctor René Schick Gutiérrez. Su oponente fue don Diego Manuel Chamorro por el Partido Conservador Nicaragüense, sin posibilidad de ganar. Las elecciones de 1984 que ganó Daniel Ortega, en las que casi todos los partidos, por no decir todos, eran afines al gobierno sandinista y la mayoría promovidos por el FSLN (62).

Durante el gobierno de Adolfo Díaz, Emiliano Chamorro firmó el tratado canalero Chamorro-Bryan, en virtud del cual se le concedía a perpetuidad al gobierno de Estados Unidos los derechos exclusivos y propietarios, necesarios y convenientes, para la construcción, mantenimiento y operación de un canal interoceánico por el río San Juan o por cualquier otra ruta del territorio nacional, calificado como un acto de entrega del territorio nacional, el cual posteriormente fue abrogado por el Presidente General Anastasio Somoza Debayle.

En octubre de 1916 se celebran elecciones en forma unilateral, resultó electo el General Emiliano Chamorro como Presidente y don Nemesio Martínez como Vicepresidente, impidiéndole al General Julián Irías la participación en la contienda electoral para un período de 1917 a 1921. Esta es una elección bajo las imposiciones de los Pactos Dawson que se las quisieron imponer al General Julián Irías, quien se retiró de la elección por patriotismo y honor.

En octubre de 1920 se celebraron nuevamente elecciones y fueron elegidos Presidente Diego Manuel Chamorro y Vicepresidente Bartolomé Martínez, postulados por el Partido Conservador Tradicionalista (63). El período de los elegidos se iniciaba el 1 de enero de 1921 y terminaba el 31 de diciembre de 1924. El 12 de octubre de 1923 falleció el Presidente Diego Manuel Chamorro en el ejercicio de su cargo, le sucedió en la Presidencia el Vicepresidente don Bartolomé Martínez.

(62) Iván ESCOBAR FORNOS, *Constitucionalismo nicaragüense*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2000, T. II, págs. 7 y 8.

(63) «La coalición de Liberales y Conservadores nominó de candidatos al cafetalero diriambino José Esteban González para Presidente y al abogado chinandegano Pedro González sin parentesco por el anterior para Vicepresidente. Pero el control Chamorrista de la maquinaria electoral aseguró su derrota por un margen de dos a uno en las elecciones de octubre. Los Estados Unidos de Norteamérica trataron de hacer algo para la causa de las futuras elecciones al imponer a los Chamorros que aceptasen a un experto estadounidense para colaborar en el proyecto de una nueva Ley Electoral para las elecciones de 1924. El experto Harold W. Dodd llegaría en enero de 1922». (Jorge Eduardo ARELLANO, *La paz americana en Nicaragua (1910-1932)*, Editor Academia de Geografía e Historia de Nicaragua, Fondo Editorial CIRA, septiembre de 2004, pág. 143).

El Presidente Martínez simpatizaba con los liberales y promovió el Pacto de la Transacción. Producto de esta transacción se presentaron la candidatura presidencial del conservador Carlos José Solórzano y la candidatura para Vicepresidente del liberal Juan Bautista Sacasa, quienes derrotaron a Emiliano Chamorro.

Indignado Chamorro el 25 de octubre de 1925 dio el golpe de Estado denominado «El Lomazo», que afectó no sólo al Ejecutivo sino también a la Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, con la expulsión y traslado de magistrados, lo que le causó grave daño a su prestigio y causa.

El Presidente Carlos José Solórzano renunció ante el Congreso, el 16 de enero de 1926, y salió del país. Días después, el Congreso nombró como Presidente al General Emiliano Chamorro, pero constitucionalmente le correspondía la Presidencia al Vicepresidente Sacasa. La persecución de Chamorro contra Sacasa le obligó a salir del país; del Congreso fueron defenestrados casi la totalidad de los senadores liberales. A petición de Pedro Joaquín Chamorro Zelaya, el Congreso condenó al Vicepresidente Sacasa por el delito de conspiración contra la paz y seguridad del Estado (64) y decretó su extrañamiento del territorio nacional sin ningún fundamento legal. Se recurrió de inconstitucionalidad y amparo ante la Corte Suprema de Justicia, pero esta Corte, sometida a Emiliano Chamorro, declaró improcedentes los recursos.

El gobierno de facto de Emiliano Chamorro duró hasta el 26 de octubre de 1923 porque el gobierno de Estados Unidos no lo reconoció. Entregó el gobierno al senador Sebastián Uriza y éste, por decisión de la Asamblea Legislativa, le traspasó el poder a Adolfo Díaz el 11 de noviembre de 1926 y el gobierno norteamericano lo reconoció.

Como consecuencia de lo expuesto surge la Guerra Constitucionalista, llamada así porque reclamaban que Sacasa era el Presidente en sustitución de Carlos José Solórzano, de acuerdo con la Constitución. Se produce una vez más la violación a la Constitución.

El Presidente Adolfo Díaz vuelve a pedir la intervención norteamericana y también el protectorado, esto último no es aceptado por los Estados Unidos.

El Pacto del Espino Negro, de 4 de mayo de 1927, le pone fin a la Guerra Constitucionalista. Se celebran elecciones supervigiladas en 1928 y resulta Presidente para el período de 1929-1932 el General José María Moncada y como Vicepresidente el Doctor Enoc Aguado.

Sandino no acepta el Pacto del Espino Negro e inicia una guerra de guerrillas en el norte del país.

(64) Se acusaba a SACASA de comprar armas en Guatemala para utilizarlas en una revolución (cfr. Richard MILLETT, *Guardianes de la dinastía*, Lea Grupo Editorial, Managua, Nicaragua, 2006, pág. 88).

El 6 de noviembre de 1932 se celebraron elecciones supervigiladas por los norteamericanos en la que triunfó el Presidente Juan Bautista Sacasa y como Vicepresidente Rodolfo Espinoza para el período constitucional de 1933 a 1937.

El General Anastasio Somoza García, que ya aspiraba a la Presidencia de la República, eliminó a Sandino y obligó a Sacasa a renunciar el 6 de junio de 1936; también renunció el 8 de junio el Vicepresidente Doctor Rodolfo Espinoza, llamado a suceder a Sacasa. El Congreso eligió como Presidente de la República al Doctor Brenes Jarquín para el período del 9 de junio de 1936 al 1 de enero de 1937.

Al General Somoza le imputaban dos impedimentos para su postulación presidencial: *a)* Su esposa, doña Salvadora Debayle Sacasa, era sobrina del Presidente Juan Bautista Sacasa, en tercer grado de la línea colateral, parentesco que le impedía ser candidato de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución de 1911, que disponía que no pueden ser Presidentes o Vicepresidentes el que tuviere parentesco de consanguinidad o afinidad en la línea recta o hasta el cuarto grado inclusive de la colateral, con el Presidente de la República, o con el que ejerciere la Presidencia en los últimos seis meses anteriores de la elección. *b)* La prohibición del artículo 141, párrafo 2, de que los militares en actual servicio no podían obtener cargos de elección popular.

Es importante tener presente tres hechos en la solución legal del caso: las elecciones se celebraron el 8 de diciembre de 1936; el Presidente Sacasa renunció en carta del 6 de junio de 1936; y el General Somoza se separa de la Guardia Nacional el día 5 de junio de 1936, según decreto ejecutivo en que se acepta la renuncia al cargo.

La candidatura del General Somoza fue impugnada por el Doctor Humberto Argüello Cerda ante el Consejo Nacional de Elecciones, la cual consta en su voto razonado. Sostenía en síntesis: *a)* Que Somoza García, de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución, se encontraba en el grado prohibido para ser Presidente, pues bastaba que el Doctor Sacasa hubiera sido Presidente durante cualquier tiempo de su período. *b)* Que la inhibición del artículo 141 de la Constitución no se limitaba a que el candidato fuera militar en servicio activo el día de la elección, sino en cualquier momento de todo el proceso electoral que se iniciaba desde la nominación inclusive en adelante y que el General Somoza había sido nominado el 6 de junio de 1936. El General Somoza García deja de ser jefe de la Guardia Nacional el 5 de noviembre de 1936, mes y días antes de la elección, por lo que lo cubriría la prohibición.

El Doctor Mariano Argüello Vargas replicó en forma extensa, pero que resumiremos aquí: *a)* Que la prohibición del parentesco sólo se refería a los últimos seis meses y no se podía extender a otro período por ser una disposición limitativa y excepcional. El Doctor Juan Bautista Sacasa renun-

ció el 6 de junio de 1936 y entregó su renuncia antes de los seis meses anteriores a la elección del 8 de diciembre de 1936, cesando la causa de la prohibición de la candidatura del General Somoza. Agrega que el Doctor Argüello Cerda confundía la renuncia de un contrato que necesita aceptación y la dimisión o renuncia de un cargo público que no necesita de tal aceptación (65). *b)* El General Somoza dejó de ser Jefe de la Guardia Nacional el 5 de junio de 1936. La prohibición del artículo 141 de la Constitución se contrae a privar del carácter de elegible a los militares que están en servicio activo el mismo día de la elección. Esta disposición no fijaba plazo alguno para la renuncia del militar.

El 8 de diciembre de 1936 se celebraron elecciones y fueron electos respectivamente para el cargo de Presidente y Vicepresidente, para el período del primero de enero de 1937 al primero de enero de 1941, Anastasio Somoza García y Francisco Navarro.

D) VIOLACIONES Y FRAUDES CON RELACIÓN A LAS CONSTITUCIONES DE 1939, 1948, 1950 Y 1974

Por Decreto de 17 de agosto de 1938 fue sancionado por ambas cámaras del Congreso, el decreto que el Congreso había dictado el 31 de julio de 1936 (66), disponiendo la reforma total de la Constitución y la convocatoria a una Asamblea Constituyente para elaborar una nueva Constitución y leyes constitucionales.

Se celebró la elección y la Constituyente se instaló el 15 de diciembre de 1938. Se creó la Comisión redactora del Proyecto Constitucional, el que fue presentado. La Constituyente aprueba la nueva Constitución el 22 de marzo de 1939, la cual aumentó el período presidencial a seis años y se prohibió la reelección (67), pero en virtud de la Disposición Transitoria número uno, con el fin de eliminar las elecciones populares y evadir la prohibición de la reelección, los impedimentos para ser Presidente (parentesco, condición militar, etc.), dispuso que la Constituyente nombrara al Presidente de la Repú-

(65) El General Somoza hasta había pensado divorciarse de su esposa (cfr. Richard MILLETT, «Guardianes de la dinastía», *ob. cit.*, pág. 272).

(66) La Asamblea Nacional convocó a una Constituyente por Decreto del 31 de julio de 1936, porque los artículos 105 y 141 de la Constitución de 1911 le impedían al General Somoza postularse a la Presidencia por ser militar y ser su esposa sobrina del Presidente Juan Bautista Sacasa. En esta convocatoria lo apoya Sacasa. Pero los planes de la Constituyente fueron obstaculizados por un levantamiento de la Guardia Nacional encabezado por Abelardo Cuadra. El derrocamiento de Sacasa le abrió el paso a la Presidencia. Pero este Decreto sirvió para ser confirmado por el Congreso el 17 de agosto de 1938 y celebrar elecciones a Constituyente y aprobar la nueva Constitución de 1939.

(67) Artículo 204.

blica para un período que se contaría desde el 30 de mayo de 1939 al 1 de mayo de 1947 y que los artículos 202, 204 y 205, que no permitía hacer en esta forma el nombramiento no eran aplicable, sino hasta las elecciones siguientes. Como se esperaba, el nombramiento de Presidente de la República recayó en el General Anastasio Somoza García.

La convocatoria a la Constituyente tenía el propósito evidente de evitar las elecciones presidenciales de 1940, burlar impedimentos y evadir la prohibición de la reelección establecida en la Constitución de 1911 y la aprobada por la Constituyente, para nombrar al General Somoza García y prolongar su gobierno por más de diez años.

Este fraude y violación al sufragio y a la Constitución, recuerdan los fraudes de Chamorro en 1854, Tomás Martínez (1857 a 1867), Zelaya en 1896 y Luis Mena en 1911. Se repite la historia.

La Constitución de 1939 derogó a la Constitución de 1911.

El General Somoza pretendía continuar en el poder mediante la reelección, prohibida en el artículo 204 de la Constitución, para la cual debía reformarse, pero ante la tenaz oposición de los estudiantes, políticos y del Partido Liberal Independiente que en ese momento se separa del Partido Liberal Nacionalista, desiste de la reelección a pesar de tener mayoría suficiente de votos en el Congreso para suprimir la prohibición de la reelección.

El 2 de febrero de 1947 se celebraron elecciones. Compitieron dos liberales: Leonardo Argüello por el Partido Liberal Nacionalista y Enoc Aguado por el Partido Conservador de Nicaragua. En una elección fraudulenta triunfa Leonardo Argüello para el período de seis años de 1947 a 1953, quien tomó posesión el primero de mayo de 1947 y sólo duró veintiséis días en la Presidencia, pues tomó una actitud contraria a Somoza García. El golpe de Estado no se dejó esperar, el Congreso por Decreto de 26 de mayo de 1947 lo declaró incapaz de gobernar y nombró Presidente a Benjamín Lacayo Sacasa.

Las protestas populares, la falta de reconocimiento al nuevo gobierno golpista por los países centroamericanos y de los Estados Unidos, obligan a Lacayo Sacasa a renunciar el 15 de agosto de 1947 y le sucede en la Presidencia Víctor Manuel Román y Reyes para cumplir el período presidencial de Leonardo Argüello.

Somoza García obligó al Presidente Román y Reyes y al Vicepresidente Mariano Argüello Vargas a firmar un Pacto de Honor de mantenerlo como Jefe del Ejército y ser el próximo candidato presidencial, o el que Somoza designe.

Benjamín Lacayo Sacasa había convocado a una Constituyente, cuya elección se celebró el 3 de agosto de 1947 y se instaló el 15 de agosto de 1947.

Se logró el reconocimiento de los Estados Unidos, después de la Reunión Interamericana de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Bogotá en

abril de 1948, en la que se aprobó la resolución que recomendaba a mantener relaciones diplomáticas entre las naciones del hemisferio, resolución que sirvió a Estados Unidos para normalizar sus relaciones con Nicaragua.

El 21 de enero de 1948 se aprobó la Constitución y el 22 se sancionó y promulgó durante la Presidencia de Román y Reyes, la cual, entre los artículos transitorios, dispuso que el período presidencial del Presidente Román y Reyes expiraría el 1 de mayo de 1952.

De acuerdo con la Disposición Transitoria número cuatro de la Constitución de 1948 se le garantizó al Partido Conservador cuatro senadores y siete diputados, para lo cual se convocaría a una elección especial. Así se dispuso porque el General Somoza se encontraba buscando un acuerdo con dicho Partido ante la difícil situación por el golpe al Presidente Leonardo Argüello. El General Emiliano Chamorro se negó, pero el Doctor Carlos Cuadra Pasos aceptó y firmaron un Pacto el 26 de febrero de 1948, en el que éste aceptó las senadurías y diputaciones, representaciones en la Corte Suprema de Justicia, las Cortes de Apelaciones, bancas, entes autónomas y otros beneficios.

Pero Román y Reyes muere el 6 de mayo de 1950, antes de expirar su período. El Congreso nombró al General Somoza García como Presidente, de acuerdo con el artículo 175 de la nueva Constitución de 1948, en su carácter de senador vitalicio que había adquirido de acuerdo con la Constitución de 1939, la cual disponía que los Expresidentes electos por votación popular pasaban a ser senadores vitalicios. Fue Presidente provisional conservando el cargo de Jefe Director de la Guardia Nacional (68).

La Constitución de 1948 derogó a la Constitución de 1939.

Surge el Pacto de los Generales, así denominado porque fue celebrado entre el General Anastasio Somoza García y el General Emiliano Chamorro, firmado el 30 de abril de 1950, antes de la muerte de Román Reyes.

En este pacto se convoca a celebrar elecciones presidenciales y de representantes a una Asamblea Constituyente el 21 de mayo de 1950; se establecen las bases fundamentales de la nueva Constitución, castrando a la Constituyente; se evaden las prohibiciones de la reelección y el impedimento de Anastasio Somoza de ser militar, consagrado en el artículo 171 de la Constitución de 1948 (69), porque había sido poco tiempo Presidente al morir Román y Reyes y además era militar; y se le conceden espacios de poder y recursos al Partido Conservador, etc.

(68) Alejandro COLE CHAMORRO, *154 años de historia de Nicaragua*, Managua, Nicaragua, 1967, pág. 130. Antonio ESGUEVA GÓMEZ, «Conflictos y paz en la historia de Nicaragua», *ob. cit.*, pág. 72. Aldo DÍAZ LACAYO, *Gobernantes de Nicaragua (1821-1979)*, Editorial Aldila, Managua, Nicaragua, 2002, pág. 159.

(69) En este artículo se disponía que el que haya ejercido la Presidencia durante algún tiempo en los últimos seis meses anteriores a la elección no podía ser Presidente y Somoza García lo fue aunque por poco tiempo a la muerte de Román y Reyes.

Se celebraron ambas elecciones el 21 de mayo de 1950, tres semanas después de la muerte de Román y Reyes. Compitieron en la elección el General Anastasio Somoza García y Emilio Chamorro Benard en las elecciones presidenciales y resultó ganador el General Anastasio Somoza García para un período de seis años, del 1 de mayo de 1951 al 1 de mayo de 1957.

La Constituyente se instaló el 4 de junio de 1950 y su Presidente fue Luis A. Somoza Debayle, hijo del General Anastasio Somoza García. La Asamblea Constituyente aprobó la nueva Constitución el 1 de noviembre de 1950, sancionada el mismo día, la cual derogó a la de 1948.

Se consuma así otro fraude constitucional y se permite la continuidad de Somoza García en el poder y se le abren las puertas a la dinastía.

El General Anastasio Somoza García no estaba dispuesto a dejar la Presidencia y pretendía reelegirse nuevamente, pero el artículo 186 de la Constitución de 1950 prohibía la reelección, por lo que en 1955 reformó el artículo 186 eliminando la prohibición de la reelección, lo mismo que el impedimento para ser diputado a los parientes del Presidente de la República dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

El General Anastasio Somoza García, el 21 de septiembre de 1956 es proclamado candidato presidencial en la Gran Convención Liberal celebrada en la ciudad de León. En la noche se celebró dicha proclamación en la Casa del Obrero de León y Rigoberto López Pérez lo mató. En ese tiempo Luis Somoza era miembro del Congreso Nacional.

El Congreso Nacional nombró al primer designado, Luis Somoza, Presidente de la República, el 30 de septiembre de 1956, y pocos días después la Convención del Partido Liberal lo designó como candidato para la reelección.

Bajo el Estado de Sitio se desarrollaron las elecciones. El domingo 3 de febrero de 1957 se celebraron las elecciones y solamente dieciocho horas antes se levantó el Estado de Sitio, pero no en Managua. El ambiente no era propicio para una elección, pues existía persecución y temor a raíz de la muerte de Anastasio Somoza García. Los candidatos fueron Luis A. Somoza Debayle, postulado por el Partido Liberal Constitucionalista, y Edmundo Amador por el Partido Conservador Nicaragüense. Luis A. Somoza triunfó en las elecciones para el período de 1957 a 1963 y tomó posesión el 1 de mayo de 1957.

Luis Somoza se vio obligado a reformar la Constitución para prohibir la reelección.

En la reforma a la Constitución de 1962, bajo la Presidencia de Luis Somoza, se reformó la Constitución y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serían vitalicios de acuerdo al artículo 223 reformado y se aumentó el número de ellos a siete, pues anteriormente estaba integrada de cinco propietarios y dos suplentes. En la reforma se dispuso que los magistrados vitalicios serían nombrados por el nuevo Congreso Nacional, ya bajo la Presidencia de René Schick. Tres de los Magistrados serían escogidos entre los

abogados afiliados a los partidos políticos minoritarios que hayan ganado asientos en el Congreso. Este es el paso más trascendental en mejoramiento de la administración de justicia en Nicaragua. Los magistrados vitalicios actuaron con gran independencia durante diez años hasta que el Pacto Agüero-Somoza terminó con el carácter vitalicio de los magistrados. Durante esa época del poder judicial, ya se contemplaba la posibilidad de la carrera judicial.

Continúa la agitación política y rechazo al gobierno de Luis Somoza. Bajo tales circunstancias se celebraron elecciones el 3 de febrero de 1963, en las que compitieron solamente el Doctor René Schick Gutiérrez por el Partido Liberal Nacionalista y don Diego Manuel Chamorro por el Partido Conservador Nicaragüense, porque el Partido Conservador de Nicaragua, a pesar de ser aceptada su petición, decretó abstención, ya que el gobierno no aceptó que la OEA supervisara las elecciones, privando a Fernando Agüero Rocha, uno de los líderes más populares de mediados del siglo xx, de participar en la contienda electoral. Realizó protestas en las calles pero sin ningún resultado positivo.

Las elecciones fueron ganadas por René Schick sin mayor oposición para el período 1963 a 1967. Schick muere en el ejercicio de sus funciones el 3 de agosto de 1966 y este mismo día el Congreso nombra Presidente al Vicepresidente, Doctor Lorenzo Guerrero para concluir el período.

El 6 de febrero de 1967 se celebraron elecciones presidenciales y del Congreso. La Gran Convención del Partido Liberal Nacionalista, reunida en León, postuló para Presidente al General Anastasio Somoza Debayle y para Vicepresidente a Alfonso Callejas Deshón y Francisco Urcuyo Maliaños.

Sus oponentes eran Fernando Agüero Rocha por la Unión Nacional Opositora y Alejandro Abaunza Marengo por el Partido Conservador Nicaragüense.

Fernando Agüero pidió garantías electorales y como el gobierno se negaba a ello, el 22 de enero de 1967 realizó una manifestación masiva en la que resultaron varios muertos y la mayor parte de la oposición en la cárcel y el día de las elecciones apareció publicada en La Gaceta la Ley de Prensa, en la que se autorizaba al Ministerio de Gobernación a suspender a cualquier órgano de prensa que incitara la subversión o a cualquier forma de violación que constituya amenaza y peligro para la paz de la nación o tranquilidad pública.

A pesar de lo expuesto, Agüero Rocha concurrió a la elección y llevaba como Vicepresidente a Humberto Alvarado Vázquez y Luis Pasos Argüello. Bajo tales circunstancias, las elecciones las ganó el General Somoza Debayle, en segundo lugar quedó Agüero Rocha y en tercer lugar Alejandro Abaunza Marengo. Somoza Debayle tomó posesión el 1 de mayo de 1967, para un período de seis años.

Entre los años 1970 y 1971, bajo el gobierno del General Anastasio Somoza Debayle, se recupera la soberanía nacional entregada por el tratado Chamorro-Brayan, al ponerle fin a este tratado, hecho patriótico que los nicaragüenses y los medios de información han olvidado.

El General Somoza Debayle deseaba reelegirse, pero se lo prohibía el artículo 186 de la Constitución reformada en 1959, bajo la Presidencia de Luis Somoza Debayle.

Para eludir este obstáculo tenían que convencer a la oposición conservadora, cuyo líder carismático era el Doctor Fernando Agüero Rocha. Después de varias conversaciones se celebró, el 28 de marzo de 1971, un pacto político entre el Partido Liberal Nacionalista y el Partido Conservador de Nicaragua, representados respectivamente por el General Anastasio Somoza Debayle y Fernando Agüero Rocha.

Entre lo convenido en el pacto se dispuso convocar a una Constituyente para hacer una nueva Constitución, a la cual se le señalaron las bases fundamentales que debía recoger la Constitución, castrando así a la Constituyente; se prohibiría la reelección, el continuismo y se establecieron otras inhibiciones; se crearía una Junta de Gobierno Provisional integrada por tres miembros, la cual convocaría a elecciones generales para el período que se iniciaría el 1 de diciembre de 1974.

Se celebraron elecciones el primer domingo de febrero de 1972 para la Constituyente, la cual se instaló el 15 de abril de 1972 y nombró a la Junta de Gobierno Provisional, la cual tomó posesión el 1 de mayo de 1972.

Se aprobó y sancionó la nueva Constitución el 14 de mayo de 1974, la que fue promulgada el día 24 y derogó a la de 1950.

En el artículo 343, inciso 8, de las Disposiciones Transitorias de la nueva Constitución, se suspendía la aplicación para las elecciones de 1974, la prohibición de la reelección y el impedimento del parentesco con el Presidente a la República, consagrados en el artículo 185, incisos 1 y 2. Esta Disposición Transitoria le abre las puertas al General Somoza para su postulación presidencial, pero no era lo pactado originalmente.

La Junta de Gobierno Provisional convocó a elecciones para el 1 de septiembre de 1974, las cuales se celebraron y triunfó el General Somoza Debayle para un período comprendido entre el 1 de diciembre de 1974 y 1 de mayo de 1981, sin mayor oposición. Toma posesión el 1 de diciembre de 1974.

Se consuma así otra violación y fraude constitucional.

E) VIOLACIÓN Y FRAUDE CON RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE 1987

El régimen somocista entra en crisis por el desgaste y falta de legitimidad después de cuarenta años de dictadura y continuismo dinástico. Entre las

causas que podemos señalar se encuentran las siguientes: la caída del bipartidismo, ya que al Partido Conservador se le impedía conquistar espacios políticos y las familias conservadoras terminaron uniéndose al sandinismo como una forma de recuperar el poder perdido cincuenta años atrás; la nueva política de Estados Unidos sobre los Derechos Humanos puso en su mira al somocismo; el ejército era pretoriano, al servicio de la familia de Somoza; la Iglesia Católica, originalmente favorable al somocismo, dio un giro de ciento ochenta grados al romper con el régimen; el capital, sin ninguna experiencia política, contribuye a la solución violenta, en la que el sandinismo encabeza la rebelión armada y se apropia del poder político, económico y social.

La guerra contra Somoza se intensifica, Costa Rica se convierte en santuario de los sandinistas que encabezaban la Revolución y recibían armas de varios países, entre ellos Panamá, Venezuela y Cuba. El bloqueo de armas al gobierno fue efectivo, lo mismo que el internacional de parte de muchos países y de la OEA que, el 23 de junio de 1979, en la reunión de Consulta de sus Ministros de Relaciones Exteriores declaró la necesidad de la inmediata y definitiva sustitución del régimen somocista por uno democrático. Por su parte, el Secretario de Estado Cyrus Vance, en carta del 14 de julio de 1979, conmina a Somoza Debayle a renunciar y designar un sucesor presidencial y un nuevo Comandante de la Guardia Nacional.

La situación política y militar llegó a ser insostenible para Somoza y entregó el poder a Francisco Urcuyo Maliaños, quien asumió el compromiso de entregarlo a la Junta Revolucionaria de Gobierno. Somoza salió del país y Urcuyo Maliaños se negó a entregar el poder a la Junta de Gobierno por lo que el Frente Sandinista de Liberación Nacional entró en Managua y se constituyó la Junta de Gobierno integrada por Daniel Ortega, Violeta Barrios de Chamorro, Moisés Hassan Morales, Alfonso Robelo y Sergio Ramírez Mercado. Después se reestructuró.

Se dictaron el Estatuto de Derecho y Garantías de los Nicaragüenses y el Estatuto Fundamental de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional que podrían calificarse como documentos constitucionales, los cuales duraron siete años hasta que se dictó la nueva Constitución en 1987. El Estatuto Fundamental disponía que la Asamblea Nacional aprobara la Constitución, la cual hizo el papel de Constituyente.

Estalló la contrarrevolución contra el gobierno sandinista. Fue sangrienta y producto de la Guerra Fría entre los Estados Unidos y sus aliados y la extinta Unión Soviética y sus satélites. Se vivió la Guerra Caliente de la Guerra Fría. Nicaragua fue un triste laboratorio de ingeniería social, donde cuajaron todo tipo de ideas, concepciones de la vida, ideologías, experimentos, acuerdos y desacuerdos, pero todo encaminado hacia el socialismo. La familia nicaragüense se dividió, lo mismo que la Iglesia Católica. En la mayoría de los hogares y familias, unos miembros se inclinaban a favor del socialismo y otros lo adver-

saban; la Iglesia Católica Jerárquica que en un principio apoya la revolución, después fue duramente reprimida por su oposición al nuevo régimen; la Iglesia Popular de los Pobres y la Congregación de los Padres Jesuitas apoyaron a la revolución (70).

Después de varias negociaciones internacionales y nacionales, se celebraron elecciones el 4 de noviembre de 1984 para representantes a la Asamblea Nacional, Presidente y Vicepresidente de la República, en la que participaron partidos afines al gobierno, sin hacer mayor oposición. El pueblo no aceptó esta elección. Triunfó como Presidente Daniel Ortega y como Vicepresidente, Sergio Ramírez. La Asamblea Nacional aprueba la Constitución el 19 de noviembre de 1987, sancionada el 9 de enero de 1987.

En esta Constitución se consagra el Estado-Partido-Ejército, destinado a controlar la totalidad de la vida nacional: la política, la economía, la religión, la sociedad, la cultura, los medios de información, etc. Por tal razón el distinguido jurista costarricense, Eduardo Ortiz Ortiz, decía que era una Constitución llena de falsedades: falso control sobre el gobierno, falsa división de poderes, falsa independencia del poder judicial, falsa libertad. Es autoritaria, predomina el ejecutivo, el sistema que impone puede calificarse de presidencial autoritario o, quizá, como monárquico (71). Se repiten críticas similares a la Constitución de 1854.

El período de Daniel Ortega terminaba el 19 de enero de 1991, según lo disponía el artículo 201 de las Disposiciones Transitorias de la Constitución.

La oposición principió a presionar para la celebración de nuevas elecciones hasta llegar al acuerdo político del 4 de agosto de 1989, celebrado entre el Presidente Daniel Ortega y dieciocho partidos políticos. Se convino en adelantar las elecciones presidenciales y de diputados para lo cual había que reformar el citado artículo 201 de la Constitución.

Se hizo la reforma, la cual fue promulgada el 6 de marzo de 1990. En ella se dispuso que se celebraran elecciones el 25 de febrero de 1990; los diputados de la Asamblea Nacional electos en esta elección tomarían posesión el 24 de abril del mismo año (1990) para cumplir el período de los diputados electos el 4 de noviembre de 1984 y cumplir su propio período de seis años para el que fueron electos; el Presidente y Vicepresidente de la República electos en las elecciones del 25 de febrero de 1990 tomarían posesión el 25

(70) Mi hijo Iván Martín estudiaba en el Colegio Centroamérica. Pertenecía al Movimiento Democrático Nicaragüense (MDN). Fue perseguido por la protesta «Nandaime Va» promovida por el MDN y encarcelado después, acusado de pertenecer a la Contrarrevolución por unas «pintas» a favor del movimiento armado MDN que aparecieron en las paredes del Colegio. Lo tuve que sacar del país porque lo querían lanzar de un bus y le ofrecieron procesarlo. Comprendo que eran momentos difíciles de guerra y que ya no suceden esos casos.

(71) Eduardo ORTIZ ORTIZ, *Comentarios sobre la Constitución Sandinista*, San José, Costa Rica, 1987, págs. 45, 46 y 50.

de abril de este año para finalizar el período de los que fueron elegidos el 4 de noviembre de 1984 y cumplir su propio período de seis años para el que fueron electos el 25 de febrero de 1990.

Se celebraron elecciones de acuerdo a la reforma constitucional del 25 de marzo de 1990 y resultan triunfadores por la Unión Nacional Opositora (UNO) como Presidente doña Violeta Barrios de Chamorro y como Vicepresidente el Doctor Virgilio Godoy.

En esta reforma se permitió poder sustituir a los poderes ejecutivos y legislativos y sumar a los nuevos gobernantes y diputados el período de los anteriores, lo cual es inaceptable en el sistema democrático presidencial, menos unilateralmente por una Constituyente reformadora de la Constitución. Se aceptó porque el país se encontraba en una etapa de transición hacia la democracia y fue de común acuerdo. Ésta demuestra la falta de flexibilidad del sistema presidencial para cambiar un gobierno que carece de respaldo político y popular, a diferencia del sistema parlamentario que con un voto de censura se le puede poner fin a un gobierno en dicha situación (72).

Se organizó un gran movimiento popular pidiendo la reforma total de la Constitución, pero triunfó la propuesta de las reformas parciales, las cuales se aprobaron el 1 de febrero de 1995, las que introdujeron una importante dosis de democracia a la Constitución autocrática de 1987, lo que permitió avances en la transición a la democracia.

Sin ninguna base legal, la Presidenta Violeta Barrios de Chamorro se negó a promulgar las reformas. Inició una crisis entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. El Poder Legislativo las promulgó en el periódico el 24 de febrero de 1995. Esto dio lugar a que rigieran dos Constituciones, una que aplicaba el Ejecutivo sin las reformas y la otra que aplicaba el Poder Legislativo con las reformas.

La crisis causó estragos en el país y fue finalizada por un acuerdo que fue aprobado por el Legislativo mediante una ley ordinaria denominada la Ley Marco de Interpretación a la Reforma Constitucional. Esta ley lo que menos tenía era de interpretativa, sino reformadora de la Constitución.

Esta ley ordinaria es otra violación y fraude a la Constitución por las razones siguientes:

- a) Se violaron los principios de fundamentalidad y superioridad de la Constitución consagrados en el artículo 182 de la Constitución, el cual no permite que una ley ordinaria reforme, derogue o contraríe a

(72) Consúltase para ampliar el estudio de las diferencias entre ambos sistemas, ventajas y desventajas: Iván ESCOBAR FORNOS, «Manual de Derecho Constitucional», *ob. cit.*, pág. 137 y sigs. *La Reforma Constitucional*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2004, pág. 119 y sigs.

la Constitución, usurpando la Asamblea Legislativa la potestad del Poder Constituyente reformador.

- b)* Los poderes que la acordaron, el Ejecutivo y el Legislativo, se atribuyeron potestades de Asamblea Constituyente reformadora de la Constitución desconociendo la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, reconocida en nuestra Constitución.
- c)* Se estableció un procedimiento para implementar las reformas constitucionales, las que no necesitaban tal procedimiento para su aplicación, el que más bien obstaculizaba la aplicación, violando el artículo 182 de la Constitución.
- d)* Las leyes tenían que aprobarse en consenso con el Ejecutivo, atribuyéndose la potestad exclusiva del legislativo de aprobar, reformar o derogar las leyes de acuerdo con el artículo 138, inciso 1, de la Constitución.
- e)* Se obligó al Poder Legislativo a dictar una serie de leyes y aprobar los tratados o convenios que el ejecutivo enviara con carácter de urgencia, atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa de acuerdo con los artículos 138, incisos 1 y 12 de la Constitución.
- f)* La elección del Contralor y Subcontralor de la República se haría en forma concertada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, como así se hizo, lo que corresponde a la Asamblea Legislativa de acuerdo con los artículos 138, inciso 1, y 156.3 de la Constitución.
- g)* La Ley Marco no podía ser reformada durante su vigencia, la cual regiría hasta el 1 enero de 1997, lo que puede hacer la Asamblea Legislativa en cualquier momento, violando así el artículo 138, inciso 1, de la Constitución.
- h)* Las vacantes de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia las llenaría el Poder Legislativo de acuerdo con el Poder Ejecutivo, correspondiéndole a la Asamblea nombrarlos de acuerdo con el artículo 134, inciso 1, de la Constitución, el cual también fue violado.
- i)* Las leyes impositivas debían ser aprobadas por el Legislativo de consenso con el Ejecutivo, violando el artículo 138, inciso 1, de la Constitución.

Por último, en el año 2005, la Asamblea Legislativa, actuando como poder constituyente reformador de la Constitución, usurpando las funciones del Poder Constituyente de la reforma total, reformó la Constitución organizando un poder legislativo superior al ejecutivo, terminando con la división de poderes y su balance, al crear un gobierno asambleario. Esto sólo se podía hacer a través del procedimiento de reforma total de la Constitución, para la cual debía convocarse a la elección de una Asamblea Constituyente. Por tal razón esa reforma es nula por violar la Constitución. Esta es otra violación y fraude a la Constitución.

Esto creó una crisis entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, pero terminó con otra ley ordinaria, denominada Ley Marco, que suspendió hasta el 20 de enero de 2007 la vigencia de las reformas, usurpando la Asamblea Legislativa ordinaria la potestad del constituyente reformador, en abierta violación a la Constitución.

Una ley ordinaria no puede suspender o modificar un artículo constitucional, en este caso la Disposición Transitoria que ordena la inmediata aplicación de la Constitución una vez promulgada. Esto viola el artículo 182 de la Constitución que contempla el principio de fundamentalidad y superioridad de la Constitución sobre leyes ordinarias o cualquier acto. La única suspensión parcial de los derechos consagrados en la Constitución se produce cuando se decreta el Estado de Emergencia porque casi lo admite la propia Constitución en los artículos 138, inciso 9, 185 y 186 de la Constitución. Esta es otra violación y fraude a la Constitución. Uno tras otro fraude.

El nuevo gobierno, cuyo Presidente es Daniel Ortega Saavedra, quien tomó posesión el 10 de enero del año 2007, prometió gobernar con las reformas constitucionales, las cuales serían puestas a prueba; pero el sábado, 20 de enero de 2007, el cual aprovecharía para corregir este artículo, se publicó en el Nuevo Diario la suspensión, por segunda vez, de las últimas reformas constitucionales de 2005 por ley ordinaria número 610 (Ley Marco), en virtud de un pacto entre el Frente Sandinista de Liberación Nacional y la Alianza Liberal Nacional. Así de rápido corren los acontecimientos y cambios políticos en Latinoamérica.

En el pacto y la ley se estableció que se ampliarían las reformas constitucionales, las que podrían, por su amplitud, provocar la convocatoria a una Asamblea Constituyente, abriendo la Caja de Pandora, cuyo costo político a pagar puede ser muy oneroso.

Un año antes de las elecciones presidenciales de 2001, renuncié a la Presidencia de la Asamblea Nacional, la que desempeñé durante casi cuatro años, para dedicarme a lograr que el Partido Liberal Constitucionalista me postulara como candidato a la Presidencia de la República (73).

La campaña se inició con mucho entusiasmo, aunque con pocos recursos. Recorrí tres veces el país, penetrando en casas, pueblos, municipios, barrios, empresas, radios y televisoras, organizaciones empresariales, políticas, sindicales, grupos de intelectuales, con el objeto de manifestarles mis ideas y proyectos, despertando interés y simpatía. Pero mi principal objetivo era convencer a los convencionales y aunque peque de inmodestia puedo asegurar que logré el apoyo mayoritario de ellos, para lo cual firmaron un documento.

En mi campaña me acompañaban los sindicatos, los gremios de abogados, intelectuales, personas de izquierda y de derecha, las cuales colaboraban

(73) Esta renuncia me la exigía el artículo 147 de la Constitución.

con suministros de fondos, preparación de propagandas y otras actividades propias de la campaña electoral.

Principié haciendo pareja con el Ingeniero Jaime Cuadra Somarriba, líder liberal de mucho prestigio, principalmente en el norte del país, pero surgieron desavenencias cuando en Matagalpa los principales convencionales y líderes de este departamento en las pequeñas concentraciones manifestaban preferencia hacia mi candidatura. Esto y otras circunstancias lo condujeron a plegarse al Licenciado Eduardo Montealegre Rivas como miembro de campaña. Continué solo mi lucha que se vio un poco paralizada porque se me desprendió la retina de uno de mis ojos y tuve que ser operado de emergencia.

Con el apoyo de todos los diputados y de los principales líderes del partido y de la mayoría de los convencionales, ya casi a finales de la campaña, el líder del partido y Presidente de la República me citó junto con cinco diputados a un almuerzo a la Casa Presidencial, donde manifestó que el Ingeniero Enrique Bolaños era la persona indicada para la candidatura presidencial y que yo quedaría como Vicepresidente. De inmediato surgieron las protestas y varios de los diputados le dijeron que dañaría al Partido Liberal Constitucionalista y a su persona (74). Posteriormente Bolaños y José Rizo Castellón se arreglaron para que este último fuera su Vicepresidente.

Con anterioridad me había reunido con el principal capitalista y empresario de este país, quien me manifestó su simpatía por Eduardo Montealegre y el Ingeniero Enrique Bolaños, principalmente por el primero. Posteriormente, en un arreglo político en el que fue rechazada mi candidatura, se acordó que fuera el Ingeniero Enrique Bolaños el que representaría al Partido Liberal Constitucionalista.

Impugnó la Convención y, entre otros temas, expresé que con lágrimas se arrepentirían de los resultados de la supuesta convención.

Salí unos días para Costa Rica y posteriormente para no dividir el partido y asegurar el triunfo, le ayudé al Ingeniero Bolaños en su campaña, el cual resultó electo Presidente de la república por un alto porcentaje de votos por el decisivo apoyo del Partido Liberal Constitucionalista para un período de cinco años (2002 a 2007). No es este el lugar para ampliar y referirme a los pormenores de mi candidatura.

F) ABUSOS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Es muy difícil hacer una casuística de abusos de los derechos constitucionales en nuestro país porque en la realidad se han presentado tantos casos que

(74) El ataque al liberalismo y a sus líderes, lo mismo que a la Iglesia católica, continúa encabezado por fuerzas reaccionarias que, con miope visión, quieren controlar el poder económico, político y mediático.

resulta imposible recopilarlos, por lo que para el objeto de nuestro artículo basta señalar algunos supuestos generales en los que se presenta el abuso. Veamos:

- a) Abusa del derecho de propiedad (75) el que mantiene ociosa su extensa propiedad (76), el que establece un monopolio, el que daña el fundo vecino con ruidos o de otro modo, el que daña el medio ambiente al arrojar sustancias tóxicas o contaminantes a ríos o lagos.
- b) Los que compran y venden su voto abusan del derecho al sufragio (77), lo mismo el que impugna sin motivo justificable los sufragios de otros, los que realizan fraudes electorales para favorecer a su partido.
- c) Abusa del derecho de adopción (78) el que hace la adopción con el propósito de someter al adoptado a la esclavitud, al tráfico sexual o a la mutilación, lo cual sería violatorio de los artículos 36 y 40 de la Constitución.
- d) Abusa del derecho de acceso a la justicia o del proceso (79) el que ejercita éste para presentar demandas infundadas con el propósito de dañar a otra persona, el que usa medidas precautelares excesivas o con el propósito de dañar a personas, los que recurren de amparo maliciosamente o cuando estos son notoriamente improcedentes.
- e) Se abusa de la libertad de expresión y prensa (80) cuando maliciosamente o sin ningún fundamento se ataca a una persona dañando su honor o privacidad, cuando el medio de información toma partido a favor del acusador o acusado, violando así el derecho a la justicia o a la defensa, el medio que evidentemente favorece a un partido político.
- f) Se abusa en Nicaragua de la libertad de contratación con mucha frecuencia por la falta de aplicación del riesgo imprevisible, de la lesión enorme y la desigualdad económica.
- g) Se abusa del derecho de circular libremente y de fijar su residencia en cualquier lugar del territorio nacional (81), el que impide que otro lo haga.
- h) Abusa del derecho de asociarse (82) el que lo hace para crear organizaciones o sociedades con el fin de defraudar (83).

(75) Artículos 5.3 y 103 de la Constitución.

(76) Artículo 107 de la Constitución.

(77) Artículo 51 de la Constitución.

(78) Artículo 79 de la Constitución.

(79) Artículos 52, 158 y sigs. de la Constitución.

(80) Artículos 30, 66, 67 y 68 de la Constitución.

(81) Artículo 31 de la Constitución.

(82) Artículos 5.3, 49 y 99.2.4 de la Constitución.

(83) Artículo 103 de la Constitución.

- i) Abusa del ejercicio de la libertad religiosa y de culto, el que no permite o impide a otra el ejercicio de este derecho o lo estigmatiza (84).
- j) Los abusos de los derechos del padre y de los hijos en sus relaciones, o de los padres entre sí (85), son muy comunes en nuestro país.

5. LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

Las mutaciones constitucionales no son reformas formales a la Constitución, realizadas siguiendo los trámites establecidos en ella, a través de las cuales se cambia el texto de la misma; en cambio, en las mutaciones constitucionales se produce un cambio o modificación en el contenido de la norma, pero el texto legal continúa siendo el mismo, su redacción no cambia.

Las prácticas y actos de los poderes y órganos del Estado son las fuentes de estas mutaciones. Pueden provenir de leyes, reglamentos, sentencias, etc. (86).

Estas mutaciones pueden producir violación o fraude constitucional, como, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que admitió el recurso de amparo en contra del procedimiento de formación de la ley (87), lo cual constituye una violación a la Constitución.

Pero existen mutaciones aceptables que adaptan la Constitución a las realidades sentidas de la época, ya que las reformas constitucionales no llegan a tiempo; y también las que llenan lagunas constitucionales como la sentencia en el caso *Marbury vs Madison*, que creó el control constitucional de las leyes en Estados Unidos.

6. ALGUNAS CAUSAS DE NUESTRA CRISIS INSTITUCIONAL

La azarosa vida política y social de Nicaragua, causada por grupos o factores de poder que deciden sobre la actuación del Estado, se muestra de

(84) Artículos 29 y 69 de la Constitución.

(85) Artículo 73 de la Constitución.

(86) Para ampliar el tema, véase Iván ESCOBAR FORNOS, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2005, 2.^a ed., pág. 101 y sigs.

(87) S. 1:45 p. m. del 17 de mayo de 2004. Se fundó en el 188 de la Constitución que consagra el amparo contra cualquier autoridad, pero evadieron el artículo 187 que consagra el recurso de inconstitucionalidad contra la ley ya formada, sancionada y publicada, no contra el procedimiento de su formación, disposición especial que fue violada. La consecuencia de esta sentencia es la invasión del poder judicial en el legislativo, lo cual viola la división de poderes. En dicha sentencia también se declaró inconstitucional el inciso 2 del artículo 51 de la Ley de Amparo, que disponía que no proceda el recurso de amparo contra el proceso de formación de la ley, su promulgación o su publicación.

diferentes maneras: luchas por intereses personales, egoísmos, envidias y desconfianzas; afán de destrucción mutua; lo bueno que hizo un gobierno lo destruye el siguiente para aparecer como el nuevo constructor; formación de falsos valores personales y descalificación de los verdaderos; luchas de grupos sociales; guerras nacionales y guerrillas; dieciséis constituciones vigentes y fallidas, todas violadas y objeto de fraudes constitucionales; frecuentes reformas constitucionales; reelecciones prohibidas o encubiertas, sirviendo para ello las constituyentes, las nuevas constituciones o sus reformas; a las constituciones o sus reformas se les ha atribuido las desgracias del país y sus cambios han provocado frecuentes guerras; se han formado como diez ejércitos pretorianos; golpes de Estado; movimientos pendulares del caos a la dictadura o viceversa; intervenciones extranjeras; los períodos de paz son pocos; los medios de información escritos en poder de una familia, aunque con orientaciones diferentes, en la radio y televisión existe pluralismo, etc. El pueblo nicaragüense es víctima de todos esos vicios, lo que es injusto para un pueblo alegre, trabajador, creativo, emprendedor, de corazón generoso, valiente, hospitalario e inteligente. Los nicaragüenses no merecen ese trato y ejemplo. Debemos cambiar.

Los historiadores registran esta situación de confrontación continua. En mi poder existen tres libros especializados sobre el tema: *Historia y violencia en Nicaragua* (88), *Conflictos y paz en la historia de Nicaragua*, de Antonio ESGUEVA GÓMEZ, y *Cultura política nicaragüense*, del doctor Emilio ÁLVAREZ MONTALVÁN (89).

Últimamente, como ya expresamos, entramos en un período de transición del proceso democrático, el cual puede retroceder o paralizarse por la concentración de riqueza en pocas manos, de la cual surge un abismo de diferencia entre ricos y pobres y el descontento del pueblo, decepcionado de lo que les brinda la democracia, el más aceptado sistema de gobierno. Mientras no avancemos en salud, educación, vivienda, empleo y desarrollo económico equitativo, la aplicación y ejercicio de los derechos humanos y la democracia son una utopía. A esto debemos agregar la unión centroamericana para competir en el mercado globalizado.

RESUMEN

CONSTITUCIÓN

Las violaciones, fraudes y abusos de la Constitución y las leyes no es un tema ajeno a los ordenamientos jurídicos de

ABSTRACT

CONSTITUTION

The topic of violation, evasion and abuse of the constitution and laws is not unrelated with the legislations of diffe-

(88) Obra colectiva, Managua, Nicaragua, 1997.

(89) Managua, Nicaragua, 1999.

los diferentes países, principalmente los latinoamericanos, donde los cambios y reformas constitucionales son muy frecuentes, lo que permite tales trasgresiones. Por ejemplo, en Haití se han proclamado treinta y tres constituciones, en Bolivia diecisiete, en Ecuador diecinueve, en Venezuela veintiséis, en Costa Rica once, en Perú doce, en Colombia más de doce, en Brasil siete, en El Salvador ocho, en Honduras diez, en Paraguay cuatro, en la República Dominicana cuatro, en Uruguay cuatro, Cuba cuatro, México seis, Chile siete, Argentina (tres, la vigente de 1853 con profundas reformas), Panamá más de dos, Guatemala la siete, en Nicaragua más de doce. En España registran ocho Constituciones, un proyecto de Constitución, un Estatuto Real y las Leyes Fundamentales del franquismo. En Francia entre Cartas Constitucionales (dos) y Constituciones se registran once. En contraste, los norteamericanos sólo han tenido una Constitución, con sus reformas, la que han conservado por más de doscientos años, actualizada por la Suprema Corte de Justicia. Por otra parte, las constituyentes han servido para diferentes fines: fundar un nuevo Estado, nombrar a un Presidente, evadir las prohibiciones de la reelección, transformar las estructuras del Estado, etc. También se contemplan casos de múltiples reformas a la Constitución. Por ejemplo, la Constitución de México ha sido reformada más de cuatrocientas veces, la de Chile cincuenta y cuatro, las que realizaron el tránsito del régimen autoritario al democrático. En Nicaragua estos vicios son frecuentes por lo que los males y desastres se han atribuido a las Constituciones, provocando muchas de las guerras internas que hemos sufrido. Esperamos que, como España, encontremos una Constitución como la de 1978, que sirva de base al progreso político, económico, social y cultural.

rent countries, primarily the Latin-American countries, where constitutional changes and reforms are very frequent, thus permitting such transgressions. For example, in Haiti thirty-three constitutions have been proclaimed; in Bolivia, seventeen; in Ecuador, nineteen; in Venezuela, twenty-six; in Costa Rica, eleven; in Peru, twelve; in Colombia, more than twelve; in Brazil, seven; in El Salvador, eight; in Honduras, ten; in Paraguay, four; in the Dominican Republic, four; in Uruguay, four; in Cuba, four; in Mexico, six; in Chile, seven; in Argentina, three (the 1853 constitution in force, with deep-reaching reforms); in Panama, more than two; in Guatemala, seven; in Nicaragua, more than twelve. Spain registers eight constitutions, one draft constitution, one royal statute and the Fundamental Laws of Francoism. In France, between the constitutional charters (two) and constitutions, the total is eleven. In contrast, the US has had only one constitution, with its reforms; that constitution the country has kept for over two hundred years, and it is updated by the Supreme Court. Furthermore, constitutions have served different purposes: to found a new state, to name a president, to sidestep prohibitions against re-election, to transform the structures of the state, etc. Cases of multiple constitutional reforms are also envisaged. For example, the Constitution of Mexico has been reformed over four-hundred times; the Constitution of Chile, fifty-four, the reforms making the transition from the authoritarian regime to the democratic regime. In Nicaragua these vices are frequent, and so the constitutions have been blamed for evils and disasters, causing many of the internal wars we have suffered. We hope that, like Spain, we shall find a constitution like the Constitution of 1978 to form the foundation for political, economic, social and cultural progress.

(Trabajo recibido el 07-02-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 22-11-2007

(BOE 11-1-2008)

Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 1

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Para que pueda llevarse a cabo la inmatriculación de una finca es necesario acompañar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con los que resulten del título.

Resolución de 27-11-2007

(BOE 11-1-2008)

Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1-II

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Si la demanda cuya anotación se pretende, no se limita a ejercitar una acción declarativa de propiedad, sino que busca también modificaciones en la descripción registral de la finca que, evidentemente, afectan a la integridad del derecho de hipoteca inscrito, con lo que, por exigencias de tracto sucesivo, resulta necesario extender el llamamiento procesal al titular registral de dicha hipoteca.

Resolución de 1 y 3-12-2007

(BOE 15-1-2008)

Registro de la Propiedad de Valdemoro y Málaga, número 10

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: EXTRANJEROS. NOTA DE CALIFICACIÓN: REQUISITOS.

En el caso de que alguno de los comparecientes sea extranjero, ha de considerarse como NIF el número de la tarjeta de residencia, que sirve como sistema de identificación del mismo en España. La nota de calificación ha de ser debidamente notificada y debe contener los fundamentos jurídicos suficientemente explícitos para permitir el adecuado conocimiento de las razones que han generado el no acceso al Registro.

Resolución de 4-12-2007

(BOE 15-1-2008)

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL. MONTES DEMANIALES.

Para que pueda llevarse a cabo la inmatriculación de una finca es necesario acompañar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con los que resulten del título, sin que sea aplicable el margen del 10 por 100 que se prevé en materia de constatación registral de la referencia catastral. El informe previsto en el artículo 22 de la Ley de Montes sólo es exigible cuando la finca colinde con montes demaniales o con monte ubicado en término municipal donde existan montes demaniales.

Resolución de 5-12-2007. (Rectificada por Resolución de 17-1-2008)

(BOE 15 y 22-1-2008)

Registro de la Propiedad de Torrent, número 1

TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN. SUSTITUCIÓN VULGAR.

La voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión y el criterio determinante a la hora de interpretar el testamento. Aunque la cláusula de sustitución vulgar a favor de la viuda previó sólo los casos de premoriencia e incapacidad, hay que considerar que debe ser ésta también llamada como heredera para el caso de renuncia de los dos hijos designados herederos, sin que proceda abrir la sucesión intestada a favor del padre del causante, y sin perjuicio de los derechos legitimarios de éste.

Resolución de 7-12-2007

(BOE 11-1-2008)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 6

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: ACTOS PARA LOS QUE NO ES EXIGIBLE.

En tanto se trata de una intervención con mero carácter de asentimiento, que carece de trascendencia tributaria, no es imprescindible la constancia del NIF de la esposa del titular registral que comparece a prestar el consentimiento previsto en el artículo 1.320 del Código Civil.

Resolución de 10-12-2007
(BOE 2-1-2008)

Publica la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Jaén, por la que, sin anular ni revocar la parte dispositiva de la Resolución de la DGRN, de 7 de enero de 2005, declara no ajustada a derecho la doctrina que contienen determinados fundamentos de derecho de la misma.

Resolución de 10-12-2007
(BOE 03-1-2008)

Publica la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Alicante, por la que se revoca parcialmente la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 2005.

Resolución de 10-12-2007
(BOE 15-1-2008)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 8

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO. DACIÓN EN PAGO DE DEUDAS.

En tanto el artículo 25 de la LAU sólo prevé el derecho de retracto para el caso de venta, no cabe entenderlo aplicable a la dación en pago de deudas, dado que ésta no es absolutamente asimilable a aquélla, además de que el referido retracto arrendaticio ha de interpretarse restrictivamente. Todo ello sin perjuicio de la eventual existencia de un negocio simulado, cuestión no susceptible de apreciación por el Registrador.

Resolución de 11-12-2007
(BOE 24-1-2008)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 8

SUBROGACIÓN DE ACREEDOR HIPOTECARIO. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Del texto de las escrituras —de subrogación y aclaratoria— calificadas, resulta un grado de confusión notable respecto a si en efecto la entidad titular del crédito hipotecario ha enervado el mecanismo de la subrogación a favor de la entidad que pretende tal sustitución, mediante el ofrecimiento al deudor de un acuerdo novatorio que iguale las condiciones que plantea la nueva entidad. Esta circunstancia plantea la necesidad de que se dilucide en un procedimiento judicial contradictorio y no en los estrechos límites del recurso gubernativo.

Resolución de 12-12-2007
(BOE 25-1-2008)
Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina

RECURSO GUBERNATIVO: DERECHO FORAL ARAGONÉS. VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: SUBASTA JUDICIAL.

De acuerdo con el Estatuto de Autonomía de Aragón, sólo queda limitada la competencia de resolución del recurso contra la calificación registral a los órganos jurisdiccionales aragoneses, cuando el objeto de dicho recurso sea relativo a Derecho Foral, es decir, privado, no otras materias como es la aplicación de la legislación aragonesa de VPO. La enajenación a través de subasta en procedimiento de apremio judicial queda, por su propia naturaleza, fuera del ámbito de aplicación de la referida normativa sobre VPO.

Resolución de 13-12-2007

(BOE 15-1-2008)

Registro de la Propiedad de Roquetas, número 2

SUSTITUCIÓN VULGAR: INEFICACIA.

Si la sustitución vulgar ordenada por el testador no va a surtir efectos por haber fallecido el sustituido sin descendientes, tal extremo ha de acreditarse en los términos expuestos en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario.

Resoluciones de 21-12-2007 y 14-1-2008

(BOE 15 y 29-1-2008)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3 y 4

PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN HIPOTECARIA. INTERESES. ANATOCISMO. CLÁUSULAS OBLIGACIONALES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

Se debe considerar conforme con las exigencias del principio de determinación hipotecaria la fijación de la duración de la obligación asegurada con referencia a hechos futuros, ciertos o inciertos, pero determinados.

En cuanto al pacto sobre imputación de pagos, ha de admitirse un amplio juego del principio de autonomía de la voluntad, considerando la específica naturaleza del negocio.

Los intereses remuneratorios y de demora han de garantizarse separadamente al constituir la hipoteca.

En relación con los pactos sobre el tipo de interés remuneratorio, cabe cualquier opción, siempre que no suponga dejar en manos de una de las partes la determinación del mismo (art. 1.256 del Código Civil).

El pacto de anatocismo no puede ser admitido desde la perspectiva del derecho real de hipoteca, en tanto es contrario a la determinación exigible respecto a las cantidades efectivamente garantizadas por razón de los intereses. No se prejuzga su validez obligacional. No puede el Registrador valorar el cumplimiento de la Ley de Usura.

Es admisible el pacto por el que se limita la responsabilidad del deudor al valor de la finca hipotecada y enajenada con arreglo a mercado.

Respecto de los intereses variables, lo esencial, a efectos del principio de determinación, es la fijación de un máximo.

Es admisible el pacto que obliga a revisar el valor de tasación de la finca hipotecada al alza si ésta aumenta de valor durante la vigencia del préstamo.

La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales que no tienen acceso al Registro.

El hecho de que el préstamo no sea exigible hasta el vencimiento final del plazo pactado, no convierte a esta hipoteca en una modalidad de hipoteca de máximo, de cuenta corriente.

El ámbito de la calificación no alcanza a la consideración de invalidez de ciertas cláusulas a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios.

Resolución de 27-12-2007

(BOE 12-1-2008)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes, sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 3-1-2008

(BOE 6-2-2008)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

OBRA NUEVA: LICENCIA. SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Para la acreditación de que se ha obtenido la licencia de obras por silencio administrativo, es necesario acompañar la solicitud realizada al efecto, así como la declaración del declarante bajo su responsabilidad de que no ha recibido resolución expresa, siempre que haya pasado el plazo necesario para ello.

Resolución de 4-1-2008

(BOE 28-1-2008)

Registro de la Propiedad de Segovia, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Para practicar la inmatriculación por título público es necesario que la finca descrita en el título previo coincida con la que se refleja en el título

inmatriculador, y si existen diferencias que hagan dudar de esa identidad, habrá que complementarlo con la correspondiente acta de notoriedad.

Resolución de 4-1-2008

(BOE 6-2-2008)

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

La caducidad de las anotaciones preventivas se produce de forma automática una vez transcurridos los cuatro años de vigencia de las mismas, o el plazo de vigencia de su última prórroga, aunque formalmente no se haya realizado la cancelación de la referida anotación. Dicha caducidad impide la cancelación de cargas posteriores, dado que éstas han mejorado su rango.

Resolución de 5-1-2008

(BOE 28-1-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

Aunque en la resolución judicial no conste un mandamiento expreso de cancelación (dado que no había sido solicitado expresamente en el *petitum* de la demanda) los asientos posteriores a la anotación de demanda, practicados en virtud de títulos también posteriores, deben ser cancelados.

Resolución de 8-1-2008

(BOE 29-1-2008)

Registro de la Propiedad de Antequera

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: SALVAGUARDA JUDICIAL DE LOS ASIENTOS.

Si la finca se halla a nombre de persona distinta de aquélla con la que se ha seguido el procedimiento expropiatorio, no cabe practicar la inscripción al existir un defecto insubsanable. Además no puede pretenderse, por vía del recurso gubernativo, la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 9-1-2008

(BOE 6-2-2008)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. CAPITULACIONES MATRIMONIALES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

La nota de calificación ha de estar suficientemente fundamentada y no puede ser notificada al Notario autorizante por telefax. Si el título se presenta

nuevamente durante la vigencia del asiento de presentación no es procedente realizar nueva calificación hasta que dicho asiento caduque. Tratándose de unas capitulaciones otorgadas por dos cónyuges extranjeros, dado que su matrimonio no consta inscrito en el Registro Civil español, no puede exigirse la previa indicación de las mismas en el referido Registro Civil para poder inscribir la compra que los mismos hacen sometidos al régimen económico pactado en las capitulaciones.

Resolución de 10-1-2008

(BOE 30-1-2008)

Registro de la Propiedad de Massamagrell

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO.

Si el recurso se presenta pasado el plazo de un mes desde la notificación de la calificación, procede la inadmisión por extemporáneo.

Resolución de 16-1-2008

(BOE 6-2-2008)

Registro de la Propiedad de Concentaina

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA. VÍAS PECUARIAS.

Resulta imprescindible que conste con total claridad la fecha de aprobación definitiva del proyecto de reparcelación, pues, entre otras cosas, ésta será determinante de la legislación aplicable (Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística de Valencia). Existiendo dentro de la unidad de actuación una vía pecuaria, en tanto ésta es titularidad demanial de la Comunidad Autónoma, debe ser objeto de previa desafectación por parte de ésta.

Resolución de 18-1-2008

(BOE 14-2-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 39

RECURSO GUBERNATIVO: DOCUMENTOS A CONSIDERAR. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

En el recurso gubernativo no pueden tenerse en consideración documentos no aportados al Registrador cuando éste realizó la calificación. No puede practicarse anotación del uso de la vivienda familiar ordenada en un procedimiento en el que no ha sido parte el titular registral de la misma. Se trata de un obstáculo que surge del Registro y que puede ser objeto de calificación registral.

Resolución de 21-1-2008

(BOE 13-2-2008)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 5

RECURSO GUBERNATIVO: DOCUMENTOS A CONSIDERAR.

En el recurso gubernativo no pueden tenerse en consideración documentos no aportados al Registrador cuando éste realizó la calificación.

Resolución de 22-1-2008
(BOE 14-2-2008)
Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de dos cónyuges, sin especificación de cuota, casados en régimen de comunidad de un Derecho extranjero, a menos que se acredite que tal ordenamiento prevé otra cosa al respecto, no cabe anotar un embargo trabado sobre la mitad indivisa de la finca en un procedimiento dirigido sólo contra uno de los esposos y en el que se ha notificado al otro. Es imprescindible que dicho procedimiento se entable contra ambos.

Resolución de 23-1-2008
(BOE 14-2-2008)
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO: CANCELACIÓN. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POR PRESCRIPCIÓN.

Para poder cancelar una condición resolutoria en garantía de precio aplazado de una venta en la que se instrumentó el pago del mismo por medio de letras, es necesario acreditar indubitadamente que las letras ahora inutilizadas son las mismas que representaban la citada deuda. El plazo de prescripción, a los efectos de verificar la cancelación por aplicación del artículo 82.5 de la LH, es de quince años.

Resolución de 24-1-2008
(BOE 14-2-2008)
Registro de la Propiedad de Celanova

FUNDACIONES EXTRANJERAS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Es principio esencial de las fundaciones en el Derecho español el que sus fines sean de interés general. De acuerdo con la Ley estatal de Fundaciones, las entidades de este tipo que pretendan desempeñar su actividad de forma estable en España, están obligadas a inscribirse en el Registro español, cuestión imposible para una entidad que tenga fines de interés particular. Conforme a las reglas del principio de especialidad, no bastaría para practicar la inscripción el no mencionar en la misma la denominación «fundación», dado que así es como la entidad aparece identificada en la escritura de adquisición de las fincas cuya inscripción ahora se pretende.

Resolución de 25-1-2008

(BOE 14-2-2008)

Registro de la Propiedad de Pola de Laviana

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes, sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 26-1-2008

(BOE 14-2-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9

SUBROGACIÓN DE HIPOTECA, LEY 30/94, DE 30 DE MARZO: REQUISITOS.

La subrogación parte de la base de la subsistencia del primitivo préstamo en sus originales condiciones, salvo en los aspectos modificados (tipo de interés), y no requiere formalmente un nuevo préstamo por el banco que se subroga, aunque es obvio que éste debe desembolsar la cantidad necesaria y que resultaba pendiente a la fecha de la subrogación.

Resolución de 30-1-2008

(BOE 20-2-2008)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 2

PARCELACIÓN URBANÍSTICA SIN LICENCIA. ARTÍCULO 79 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.

La correcta interpretación del artículo 79 exige que, para que se produzca el cierre definitivo del Registro respecto del acto parcelatorio realizado sin licencia, el acuerdo de incoación de expediente de disciplina urbanística sea presentado en el Diario antes del plazo de cuatro meses contados desde la nota marginal acreditativa de la remisión de la documentación al Ayuntamiento.

Resoluciones de 1-2-2008 y 8-2-2008

(BOE 25 y 26-2-2008)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4

PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN HIPOTECARIA. INTERESES. ANATOCISMO. CLÁUSULAS OBLIGACIONALES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

Se debe considerar conforme con las exigencias del principio de determinación hipotecaria la fijación de la duración de la obligación asegurada con referencia a hechos futuros, ciertos o inciertos, pero determinados.

En cuanto al pacto sobre imputación de pagos ha de admitirse un amplio juego del principio de autonomía de la voluntad, considerando la específica naturaleza del negocio.

Los intereses remuneratorios y de demora han de garantizarse separadamente al constituir la hipoteca.

En relación con los pactos sobre el tipo de interés remuneratorio, cabe cualquier opción, siempre que no suponga dejar en manos de una de las partes la determinación del mismo (art. 1.256 del Código Civil).

El pacto de anatocismo no puede ser admitido desde la perspectiva del derecho real de hipoteca, en tanto es contrario a la determinación exigible respecto a las cantidades efectivamente garantizadas por razón de los intereses. No se prejuzga su validez obligacional. No puede el Registrador valorar el cumplimiento de la Ley de Usura.

Es admisible el pacto por el que se limita la responsabilidad del deudor al valor de la finca hipotecada y enajenada con arreglo a mercado.

Respecto de los intereses variables, lo esencial, a efectos del principio de determinación, es la fijación de un máximo.

Es admisible el pacto que obliga a revisar el valor de tasación de la finca hipotecada al alza si ésta aumenta de valor durante la vigencia del préstamo.

La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales que no tienen acceso al Registro.

El hecho de que el préstamo no sea exigible hasta el vencimiento final del plazo pactado, no convierte a esta hipoteca en una modalidad de hipoteca de máximo, de cuenta corriente.

El ámbito de la calificación no alcanza a la consideración de invalidez de ciertas cláusulas a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios.

Resolución de 2-2-2008

(BOE 20-2-2008)

Registro de la Propiedad de Falset

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO. PRESENTACIÓN TELEMÁTICA: NOTIFICACIÓN NOTA CALIFICACIÓN.

Procede la inadmisión del recurso interpuesto fuera del plazo de un mes previsto en la ley para ello. Tratándose de un documento presentado al Registro por el procedimiento telemático, el Registrador puede y debe notificar su calificación por esta vía, que surtirá efectos plenos aunque el Notario no haga aceptación expresa de la misma.

Resolución de 4-2-2008

(BOE 20-2-2008)

Registro de la Propiedad de Concentaina

PRESENTACIÓN TELEMÁTICA: REQUISITOS. ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

Las escrituras presentadas telemáticamente, fuera del horario de oficina, se presentarán en el momento hábil siguiente por su estricto orden atendiendo al sellado de tiempo. La copia electrónica de la escritura tiene una vigencia de sesenta días, pero para su presentación al Registro no es imprescindible que se remita en el mismo día de su expedición o en el siguiente.

Resolución de 5-2-2008

(BOE 20-2-2008)

Registro de la Propiedad de Tacoronte

PRESENTACIÓN TELEMÁTICA: ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES.

La interpretación que corresponde hacer en la actualidad del artículo 254 de la Ley Hipotecaria debe permitir la admisión de la diligencia notarial por la que se hace constar que en la matriz del protocolo figura nota de haberse exhibido copia autorizada en formato papel en la que figura nota de presentación a la Administración Tributaria competente, máxime considerando que a la fecha de la escritura en Canarias no era obligatoria la autoliquidación en el Impuesto de Sucesiones.

Resolución de 6-2-2008

(BOE 20-2-2008)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES. PARTICIÓN DE HERENCIA: PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Dentro de las cuestiones que el Registrador ha de calificar cuando se trata de documentos judiciales, se hallan las relativas a la conexión del procedimiento con el Registro y los obstáculos que de éste puedan surgir, en aplicación de las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo. Para inscribir una partición judicial de herencia es imprescindible la intervención procesal de la viuda del causante o de sus respectivos herederos, tanto por su cualidad de legitimaria, cuanto por su imprescindible intervención en la necesariamente previa liquidación de la sociedad de gananciales.

Resolución de 7-2-2008

(BOE 20-2-2008)

Registro de la Propiedad de Falset

HIPOTECA: CLÁUSULAS NO INSCRIBIBLES. NOTA DE CALIFICACIÓN: REQUISITOS.

Cuando el Registrador decide no inscribir determinadas cláusulas de una escritura de hipoteca ha de confeccionar una nota con todos los requisitos previstos en el artículo 19 de la LH, en tanto estamos en presencia de una

denegación parcial. Tratándose de un caso anterior a la aplicación de la reciente reforma del artículo 12 de la LH, todas las estipulaciones de trascendencia real que no vayan a ser objeto de inscripción deben recogerse específicamente en la nota con determinación de los fundamentos de derecho que justifican su exclusión.

Resolución de 11-2-2008

(BOE 28-2-2008)

Registro de la Propiedad de Concellaria

RECURSO GUBERNATIVO: INFORME DEL REGISTRADOR. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN. PRESENTACIÓN TELEMÁTICA: REQUISITOS. ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

El informe que el Registrador ha de emitir en la tramitación del recurso gubernativo ha de limitarse a recoger las incidencias procedimentales que puedan resultar de interés para su resolución, sin que pueda introducir nuevas aportaciones de fondo ni especificaciones de las ya señaladas en la nota. Las Resoluciones de la DGRN tienen carácter vinculante desde su publicación en el Boletín. Las escrituras presentadas telemáticamente, fuera del horario de oficina, se presentarán en el momento hábil siguiente por su estricto orden atendiendo al sellado de tiempo. La copia electrónica de la escritura tiene una vigencia de sesenta días, pero para su presentación al Registro no es imprescindible que se remita en el mismo día de su expedición o en el siguiente.

Resolución de 12-2-2008

(BOE 29-2-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes, sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 14-12-2007
(BOE 25-1-2008)
Registro Mercantil de Santander

CUENTAS ANUALES. INFORME DE GESTIÓN. CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN.

El Registrador Mercantil no está obligado a notificar la calificación de las cuentas presentadas a depósito en el domicilio de los interesados, debiendo ser éstos los que han de estar al tanto de las determinaciones del Registro Mercantil.

Las sociedades no obligadas a verificación contable no tienen que presentar informe de gestión, siendo indiferente a estos efectos que tengan inscrito auditor con carácter voluntario.

Resolución de 21-12-2007
(BOE 15-1-2008)
Registro Mercantil de Valencia, número III

OBJETO SOCIAL. SOCIEDADES PROFESIONALES.

La inclusión en el objeto social de las actividades «gestión administrativa, asesoramiento contable, fiscal, laboral y jurídico» no precisa que la sociedad deba constituirse como profesional, como se exige en la nota de calificación, puesto que cabe interpretar que, en este caso, estamos ante una sociedad de intermediación en la prestación de servicios profesionales.

No obstante, reconoce la resolución la falta de claridad y precisión en la redacción del artículo estatutario referente al objeto social y que la salvedad relativa a la exigencia de que las actividades se realicen a través de profesionales titulados no permite diferenciar a las sociedades profesionales *stricto sensu* de las sociedades de intermediación o sociedades de/entre profesionales.

Resolución de 22-1-2008
(BOE 6-2-2008)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca

SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.

Realizada la fase preparatoria de constitución de una Sociedad Europea holding, mediante la elaboración y depósito del proyecto de constitución y su aprobación por las Juntas Generales de las sociedades promotoras, se solicita el trámite de publicación de este hecho en los correspondientes Registros.

Estima el Registrador que para ello es preciso acreditar que la SE ha quedado inscrita en el Registro correspondiente o que, conforme al ordena-

miento de dicho Estado, la sociedad ha de considerarse constituida con el otorgamiento de la escritura correspondiente y el acuerdo de aportar a la misma las acciones o participaciones de las sociedades promotoras.

Estima la DG que, pese a la falta de previsión legal en relación a dicha publicación, ésta no puede condicionarse a la efectiva constitución e inscripción de la SE, pues esto último es un trámite posterior al de la publicación.

Resolución de 31-1-2008

(BOE 21-2-2008)

Registro Mercantil de Barcelona, número X

IMPUESTO.

Presentado telemáticamente un documento y suspendida su inscripción por no acreditarse la autoliquidación del impuesto, se considera que para la subsanación de este defecto basta la remisión telemática de diligencia extendida en la matriz que incluye testimonio de la carta de pago y del justificante adhesivo emitido por la Dirección General de Tributos de la Generalitat. Se dice que el conforme al artículo 86.1 del RRM basta acreditar que ha sido presentado el documento ante el Liquidador del Impuesto.

Resolución de 1-2-2008

(BOE 19-2-2008)

Registro Mercantil de Madrid, número XI

CUENTAS. CIERRE REGISTRAL. CONCURSO DE ACREEDORES.

El cierre registral por falta de depósito de cuentas es objetivo e impide la inscripción de nombramiento de administradores, pues no admite más excepciones que las establecidas en el artículo 378 RRM.

Si bien durante el concurso pueden mantenerse los órganos de la persona jurídica, habrá que atenerse a las circunstancias concretas del caso y, en concurso necesario con suspensión de las facultades de administración y disposición, la facultad de convocatoria corresponde a la administración concursal por ser un acto de administración.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

EL RÉGIMEN LEGAL DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL EN LA DOBLE NACIONALIDAD

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 9.9 señala que «a los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas, se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

Prevalecerá, en todo caso, la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente».

Como vemos, el legislador español, en el caso de los doble nacionales, establece normas para regular su estatuto personal. Pues recordemos que la nacionalidad es un criterio de atribución de la legislación aplicable a una persona y se comprende que resulte imposible que una misma persona quede sometida a regímenes jurídicos nacionales distintos. La DGRN advirtió en la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de que «se parte de la base de que los particulares que se acogen al beneficio de la doble nacionalidad convenida no pueden estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de las dos naciones, sino solamente a la de aquélla en la que tengan su domicilio».

Aunque la sentencia del TJCE, de 7 de julio de 1992, concretó que a efectos del goce de las libertades comunitarias, los problemas de doble nacionalidad deben resolverse, no en base al artículo 9.9, sino recordando que cada Estado miembro tiene competencia exclusiva para legislar sobre su nacionalidad y determinar quién es su nacional.

El propio artículo 9.9 establece su ámbito al señalar que «a los efectos de este capítulo...», refiriéndose al Capítulo IV del Título Preliminar del Código

Civil, lo que según la doctrina (1) significa que no se aplica en otros ámbitos del Derecho Internacional Privado, como la competencia judicial internacional o el reconocimiento de decisiones judiciales o arbitrales extranjeras.

Las autoridades españolas aplican el mencionado precepto más allá del que es su ámbito propio, recurriendo a una analogía que es incorrecta, pero que es frecuentemente practicada. El ejemplo que recoge MARTÍN IRIARTE se centra en que la administración española ha llegado a denegar la tarjeta de residente comunitario a un italo-argentino, aplicando el artículo 9.9, puesto que su última residencia habitual había estado en Argentina. Posteriormente el TJCE corrigió en clave comunitaria esta solución (2).

Como recuerda LASARTE ÁLVAREZ (3), hablar de doble nacionalidad supone en rigor:

- Distinguir entre una nacionalidad latente o hibernada, y otra nacionalidad efectiva en el caso de que el ciudadano iberoamericano o español, que tenga derecho a ello, se acoja a cualquiera de los tratados de doble nacionalidad.
- Recaltar que la nacionalidad latente de origen se conserva pese a la adquisición de la segunda nacionalidad efectiva.
- La adquisición de la nacionalidad efectiva no se alcanza de forma automática sino que se requiere cumplir los requisitos previstos en los Tratados de doble nacionalidad o, en su caso, los establecidos por la legislación de la nación de residencia efectiva.

II. SUPUESTOS DE DOBLE NACIONALIDAD Y SOLUCIONES

El artículo 9.9 contempla varios supuestos distintos de situaciones de doble nacionalidad, estableciendo diferentes soluciones para los mismos. Estos supuestos y soluciones son los siguientes:

A) SITUACIONES DE DOBLE NACIONALIDAD PREVISTAS EN LAS LEYES ESPAÑOLAS

El ordenamiento español admite o prevé la existencia de la doble nacionalidad.

Estas situaciones pueden revestir cuatro modalidades, que son:

- los casos recogidos en los Tratados de doble nacionalidad de los cuales nuestro país es parte,

(1) FERNÁNDEZ ROZAS y RODRÍGUEZ MATEOS, «El artículo 9.9», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. 1, vol. 2.º, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995, págs. 392-428.

VIRGÓS SORIANO, «El artículo 9.9», en *Comentario del Código Civil*, T. 1, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 98-101.

RODRÍGUEZ PINEAU, «La doble nacionalidad y los vínculos especiales con otros Estados: la experiencia española», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, Madrid, 2003, págs. 6323-6347.

(2) IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Comentarios al artículo 9.9», en *Comentarios al Código Civil*, coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Bosch, Barcelona, 2006, pág. 168 y sigs., e IRIARTE ÁNGEL, «Artículo 9.9», en *Legislación de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2002, págs. 69-71.

(3) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil». T. I. *Parte General y Derecho de la Persona*, Trivium, 7.ª ed., Madrid, 2000, pág. 325.

- los supuestos de doble nacionalidad automática, en base al artículo 11.3 *in fine* CE, y que el artículo 24.1 del Código Civil circunscribe a los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal,
- los presupuestos de doble nacionalidad introducidos en los artículos 24 y 26 del Código Civil por la Ley 36/2002, de 8 de octubre y,
- la situación de los españoles que, estando vigente la reforma de la nacionalidad de 1982, hubieran conservado su nacionalidad pese a haber adquirido por razón de emigración otra extranjera, ya que la reforma operada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, aunque ha suprimido esta posibilidad de doble nacionalidad, no ha afectado la situación de las personas beneficiarias del régimen anterior.

Las soluciones que propone el artículo 9.9 varían para cada uno de los supuestos.

En el caso de la doble nacionalidad prevista en los Tratados se estará a lo que los mismos determinen. Los Tratados de doble nacionalidad suscritos por España no hacen una atribución de nacionalidad, sino que se limitan a admitir que la adquisición de una nacionalidad extranjera no implica la pérdida de la propia, de tal manera que el interesado puede adquirir una sin perder la otra. Pero aunque se tengan las dos nacionalidades, los Convenios prevén que sólo una de las nacionalidades surta efectos y sea operativa, mientras que la otra permanece en estado latente, de manera que su activación implica la consiguiente desactivación de la otra. En consecuencia, va a ser la nacionalidad operativa la que va actuar a efectos de la ley personal.

Hay determinados convenios que se inclinan en admitir la nacionalidad coincidente con el domicilio del sujeto (4), y otros se inclinan por la última nacionalidad adquirida (5), la doctrina (6) señala que no hay mucha diferencia, pues al adquirirse la nacionalidad por residencia en el país que concede

(4) Los Convenios con Chile (*BOE* de 14 de noviembre de 1958), Perú (*BOE* de 19 de abril de 1960. Modificado por el Protocolo de 8 de noviembre de 2000. *BOE* de 24 de noviembre de 2001), Nicaragua (*BOE* de 2 de mayo de 1962. Modificado por el Protocolo de 12 de noviembre de 1997. *BOE* de 28 de enero de 1999), Bolivia (*BOE* de 14 de abril de 1964. Modificado por el Protocolo de 18 de octubre de 2000. *BOE* de 22 de febrero de 2002), Honduras (*BOE* de 18 de mayo de 1967. Modificado por el Protocolo de 13 de noviembre de 1999 (*BOE* de 3 de diciembre de 2002) y posiblemente también, en sus confusos términos y finalidades, los Convenios con Colombia (*BOE* de 29 de noviembre de 1980. Modificado por el Protocolo de 14 de septiembre de 1998. *BOE* de 4 de noviembre de 2002) y con Guatemala (*BOE* de 10 de marzo de 1962, modificado por el Protocolo de 10 de febrero de 1995. *BOE* de 1 de julio de 1996. Y por el Segundo Protocolo Adicional de 19 de noviembre de 1999. *BOE* de 12 de abril de 2001), se inclinan por la nacionalidad coincidente con el domicilio del sujeto.

(5) Por el contrario, los Convenios con Paraguay (*BOE* de 19 de abril de 1960. Modificado por el Protocolo de 26 de junio de 1999. *BOE* de 13 de abril de 2001), Ecuador (*BOE* de 13 de enero de 1965. Modificado por el Protocolo de 25 de agosto de 1995. *BOE* de 16 de agosto de 2000), Costa Rica (*BOE* de 25 de junio de 1965. Modificado por el Protocolo de 23 de octubre de 1997. *BOE* de 12 de noviembre de 1998), República Dominicana (*BOE* de 8 de febrero de 1969. Modificado por el Protocolo de 2 de octubre de 2002. *BOE* de 14 de noviembre de 2002), y Argentina (*BOE* de 2 de octubre de 1971. Modificado por el Protocolo de 6 de marzo de 2001. *BOE* de 12 de abril de 2001) recurren a la última nacionalidad adquirida.

(6) VIRGÓS SORIANO, *El artículo 9.9*, cit., págs. 98-101.

la nueva nacionalidad, la adquisición implica, en la inmensa mayoría de los casos, un previo domicilio o residencia habitual en dicho país.

El primer caso señalado es el contemplado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de noviembre de 2003, la cual afirmó que a los efectos de Convenio con Guatemala, es necesario, para que un guatemalteco adquiera la nacionalidad española, que previamente haya obtenido la *residencia legal*, permanente y continuada en España.

Si el interesado traslada su domicilio a un tercer Estado, los Convenios coinciden en que su nacionalidad será la del Estado miembro donde haya tenido su anterior domicilio.

Estos Convenios se inspiran en el *principio de efectividad*, es decir, que el interesado tenga como nacionalidad operativa la correspondiente al medio social y económico en el que está integrado. Sin embargo, al tratar de conjugar la efectividad con la seguridad jurídica, algunos Convenios imponen requisitos (principalmente la inscripción del domicilio en el Registro Civil) que, orientados a aportar soluciones seguras, perjudican la efectividad respecto de la nacionalidad designada, puesto que pueden dar lugar a que no coincida el «domicilio registral» con el «domicilio real».

La doctrina (7) entiende que en estos casos debe prevalecer el «domicilio real», es decir, el que coincide con el lugar donde efectivamente el sujeto reside y desarrolla su vida. Sin embargo, la jurisprudencia no es unívoca a este respecto, y junto a decisiones que hacen prevalecer en todo caso el «domicilio registral», hay otras que dan preponderancia al «domicilio real» sobre la formalidad de la inscripción.

La jurisprudencia no es unívoca ante los requisitos registrales que imponen algunos Convenios de doble nacionalidad para determinar el domicilio. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 20 de octubre de 1982, hace prevalecer en todo caso el «domicilio registral», mientras que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala Contencioso-Administrativa, de 27 de junio de 1995, hizo hincapié en el «domicilio real» sobre la formalidad de la inscripción.

Según IRIARTE ÁNGEL, los Protocolos que han modificado los textos convencionales originales se sustentan en dos ideas fundamentales:

- En primer lugar, algunos Protocolos (Argentina, Colombia, Honduras, etc.) pretenden que ambas nacionalidades estén simultáneamente activas, de tal manera que se podrán ejercer los derechos que ambas nacionalidades concedan, siempre que su efectivo ejercicio no sea incompatible.
- En segundo lugar, otros Protocolos (Bolivia, Nicaragua, etc.) determinan que el sistema convencional de doble nacionalidad no es obligatorio y que los particulares pueden excluir su aplicación (8).

Por lo que respecta a *las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas al margen de los Convenios*, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual, y en su defecto se estará a la nacionalidad adquirida en último lugar.

(7) VIRGÓS SORIANO, *El artículo 9.9*, cit., págs. 98-101.

(8) VIRGÓS SORIANO/RODRÍGUEZ PINEAU.

B) SITUACIONES DE DOBLE NACIONALIDAD NO PREVISTAS EN LAS LEYES ESPAÑOLAS

Hay casos en los que, sin estar previsto por el Derecho español, varios Estados atribuyen su nacionalidad a una misma persona. Estas situaciones, a las que a veces de una manera muy gráfica se denomina «doble nacionalidad patológica».

El artículo 9.9 contempla dos posibilidades:

- que una de las nacionalidades implicadas sea la española,
- que ambas sean extranjeras.

Cuando una de las nacionalidades es la española prevalece siempre ésta. Se trata de una solución muy rígida, pero que coincide con la inmensa mayoría de los ejemplos del Derecho Comparado.

Es la solución que aparece en distintas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que afirman que en las situaciones de doble nacionalidad no previstas en las leyes españolas, cuando una de las nacionalidades es la española, prevalece siempre ésta (RRDGR de 25 de junio de 1992, 4 de agosto de 1993, 10 de mayo de 1994, 13 de octubre de 2000, 23 de noviembre de 2000, 14 de junio de 2001).

Cuando la persona ostentare varias nacionalidades, todas ellas extranjeras, se estará a la ley de su residencia habitual (art. 9.9, párr. 2.0 *in fine*).

Desde un plano eminentemente teórico, algunos autores han propuesto como una posible técnica para resolver los supuestos de doble nacionalidad ponderar los valores materiales que incorpora la norma de conflicto y las finalidades que la misma trata de alcanzar (9).

De esta manera en los conflictos de nacionalidad, el sujeto tiene como ley personal aquélla que mejor consagra los valores materiales que orientan la norma de conflicto. Por ejemplo: si la norma de conflicto se inspira en el *favor filii*, un eventual conflicto de nacionalidad se deberá resolver en favor de la ley más favorable a los intereses del hijo.

RESUMEN

DOBLE NACIONALIDAD

La nacionalidad es un criterio de atribución de la legislación, ya que es imposible que una misma persona quede sometida a regímenes jurídicos nacionales distintos. De ahí que en los supuestos de doble nacionalidad se deban establecer normas para regular su estatuto personal. El artículo 9.9 contempla varios supuestos distintos de situaciones de doble nacionalidad, estableciendo diferentes soluciones y distinguiendo entre situaciones de

ABSTRACT

DOUBLE NATIONALITY

Nationality is a legislation attribution criterion, as it is impossible for a single person to be subjected to different national legislations. Hence, in the cases where double nationality does exist, rules must be established to regulate the personal statute of the person in question. Article 9.9 envisages several different situations of double nationality, establishing different solutions and distinguishing between double nationality situations provided for

(9) GONZÁLEZ CAMPOS, VIRGÓS SORIANO, FERNÁNDEZ ROZAS y RODRÍGUEZ MATEOS.

doble nacionalidad previstas en las leyes españolas y situaciones de doble nacionalidad no previstas en las leyes españolas (cuando una de las nacionalidades implicadas sea la española, o cuando ambas sean extranjeras).

in Spanish laws and double nationality situations not provided for in Spanish laws (when one of the nationalities involved is Spanish, or when both are foreign).

1.2. Familia

LA INDEMNIZACIÓN TRAS LA NULIDAD MATRIMONIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 98 del Código Civil determina que «*el cónyuge de buena fe, cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97*».

Según la doctrina (1), en la sentencia de separación o divorcio se establece, si procede, la compensación que prevé el artículo 97, pero, si la sentencia es de nulidad, no se estima necesaria una pensión en base a un matrimonio que nunca existió, aunque la apariencia se destruye en la sentencia; por ello, el artículo 98 prevé la indemnización en la sentencia de nulidad (2).

II. PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de abril de 1996, señaló los siguientes requisitos para la efectividad de la indemnización concedida en este precepto al determinar que «la discrepancia de las dos partes con la sentencia dictada, transmite a la Sala el conocimiento íntegro de las cuestiones planteadas en la instancia, que han de ser objeto de reconsideración a fin de determinar si las conclusiones que recoge el fallo apelado son o no acertadas, y en esta tarea, constituirá punto de partida, el estudio acerca de

(1) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Código Civil comentado y con jurisprudencia», en *La Ley*, Madrid, 5.^a ed., 2006, pág. 162.

GARCÍA VARELA, R., *Comentario del Código Civil*. Coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2006, pág. 169.

(2) El referido procedimiento incidental era el que correspondía a la pretensión litigiosa, la indemnización prevenida en el artículo 98 del Código Civil, ya que la misma se encuentra comprendida dentro de los títulos y libros antes indicados y no tiene asignado procedimiento especial alguno (STS de 23 de febrero de 1993, AC 666/1993).

la procedencia de la acción inicialmente interpuesta por la señora B., con apoyo en el artículo 98 del Código Civil, cuyos requisitos, de conformidad con la doctrina y la STS de 10 de marzo de 1992, son los siguientes:

1.º) Que el matrimonio *haya sido declarado nulo*, ya sea por sentencia civil, o en su caso, canónica, pero en esta última eventualidad se exigirá que haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles, cual es que haya sido previamente declarada ajustada al Derecho del Estado, o lo que es igual, a nuestro ordenamiento jurídico, por los Tribunales Civiles correspondientes, según establece el artículo 80 del Código Civil, en relación con los Acuerdos Jurídicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979.

2.º) Que el reclamante tenga la condición de *cónyuge de buena fe*, de ahí que, el derecho a la indemnización no exista cuando concorra en ambos, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1.195 del Código Civil, ni tampoco cuando en uno y otro se dé mala fe, al carecer en estos casos la indemnización de toda razón de ser y consistencia, al faltar uno de los presupuestos a los que se supedita su reconocimiento.

Y 3.º) La existencia de una *convivencia* anterior durante su vigencia, creadora de una apariencia de matrimonio, pero sin que se exija un tiempo mínimo al respecto».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 10 de febrero de 1993, hace referencia al presupuesto de la buena fe en uno de los contrayentes, y afirma que «en el caso que se enjuicia, aunque el tribunal eclesiástico acordó la nulidad matrimonial por causa imputable a la esposa, como era la de grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar, ello no significa que no exista buena fe por parte de la misma, entendida como ignorancia de la existencia de alguna causa que provoque la invalidez del matrimonio que se contrae, máxime cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del mismo texto legal, la buena fe se presume y no se ha practicado prueba alguna en contrario, lo que nos lleva a la conclusión de que *la buena fe existe de parte de ambos cónyuges y, por las razones antes expuestas, al compensarse las pretensiones que cada uno podría tener contra el otro, no es posible reconocer este derecho en favor de ninguno*».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 8 de octubre de 1997, incide fundamentalmente en el aspecto del tiempo de duración del matrimonio nulo. «Respecto a la indemnización del artículo 98 del Código Civil, que el demandado apelante impugna, ha de ser cuantificado, teniendo en cuenta la convivencia conyugal y las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código. Esa convivencia es la matrimonial, no la eventual anterior al matrimonio nulo, que en el caso es un dato relevante pues ésta duró siete años y aquella cuatro meses escasos y, como bien dice la sentencia apelada, no hay otros perjuicios para la actora que los daños morales ocasionados al contraer un matrimonio, iniciativa del esposo, después de una larga convivencia análoga, y tras el que la conducta desordenada de aquél produjo su ruptura pocos meses después. En realidad *los daños morales alegados no derivan tanto de la ruptura de la convivencia, supuesto ordinario del que parte el artículo 98, sino de la contracción misma del matrimonio anulado*, que es lo que «realmente ha causado sufrimiento a la actora, pues su convivencia análoga a la conyugal era notoria en su ambiente social. De todo ello se infiere que la indemnización concedida en sentencia apelada es excesiva, superior a la que,

como efecto del artículo 97 se otorga en divorcios y separaciones, y, en consecuencia, procede señalar una cantidad de 500.000 pesetas, que se estima suficiente para compensar los daños morales y los gastos que el hecho de contraer matrimonio ha producido en la persona de quien había sido compañera durante años».

III. REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN

La indemnización tiene las siguientes particularidades:

- Naturaleza compensatoria. La indemnización establecida en este precepto legal pretende compensar al cónyuge de buena fe de los perjuicios que se le causen por una convivencia efectuada en un matrimonio nulo.

Esta función compensatoria-equilibradora fue recogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de marzo de 1992, que afirmó que «la indemnización que dicho artículo 98 del Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido *una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio* por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del artículo 1.902 del Código Civil (STS de 26 de noviembre de 1985), sino que más bien la *norma se proyecta a reducir distancias económicas, sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial*, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social. El artículo 98 del Código Civil, por la remisión que efectúa el 97 precedente, impone para su aplicación la concurrencia de puntuales requisitos, que la sentencia combatida apreció se daban en el caso que se enjuicia. En este sentido se ha producido la nulidad de un matrimonio canónico y convivencia conyugal efectiva por más de veinte años. La aludida remisión de normas ha de entenderse rectamente en el sentido de que dándose la situación prevista en dicho artículo 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia. Ahora bien, en todo caso la aplicación del artículo 98, sobre el que gira todo el ataque casacional, exige que se haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles las sentencias de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, consistente en que las mismas han de ser previamente declaradas ajustadas al Derecho del Estado, es decir, a nuestro ordenamiento jurídico, por los Tribunales Civiles correspondientes, conforme declara el artículo 80 del Código Civil, en relación al Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de

diciembre de 1979 (art. VI) y 117.5 CE, que ha venido a modificar sustancialmente el sistema anterior, de plena jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos, conforme con el Concordato de 27 de agosto de 1953, a un sistema de control y ajuste de las resoluciones pronunciadas en la materia por la potestad jurisdiccional de la Iglesia Católica. La referencia que efectúa el citado artículo 80 del Código Civil al 954 de la Ley Procesal Civil, se complementa con el procedimiento correspondiente que instauró la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y que concluye con la decisión judicial en forma de auto, reconociendo o no eficacia en el orden civil a la correspondiente resolución o decisión eclesiástica».

Doctrina que fue seguida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de julio de 1993, al concretar que «dos son las bases del recurso de apelación contra la sentencia dictada en el presente procedimiento que estima la nulidad matrimonial de los litigantes, pero rechaza los restantes pronunciamientos solicitados: la primera la *declaración de mala fe en el demandado*, la segunda —económica— consistente en que el apelado satisface mensualmente la cantidad de 25.000 pesetas en concepto de *pensión compensatoria o de contribución a cargas matrimoniales*, ya que ambas denominaciones maneja la apelante en relación con las obligaciones del apelado. En realidad ambos aspectos están estrechamente unidos, y ello porque en la nulidad matrimonial el único procedimiento económico respecto al otro cónyuge —no en cuanto a los hijos— solamente tiene *el cauce del artículo 98 del Código Civil que, como señala el apelado, ni es contribución a cargas ni pensión compensatoria, sino “indemnización”*, si bien es verdad que para su determinación se hacen jugar las circunstancias del artículo 97 del Código Civil; y este derecho, que supone la “equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida” *sólo podrá tener lugar cuando uno de los cónyuges haya actuado de buena fe y con mala fe el otro*, pues en cualquier otra situación de igualdad en la conducta de ambos “la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia”».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de febrero de 1999, incide taxativamente en la naturaleza de la indemnización del artículo 98 del Código Civil al determinar que «sabido es que (...) no es alimenticia, aun a pesar de la remisión que se hace al artículo 97, pues esta indicación ha de entenderse referida al presupuesto fáctico del desequilibrio económico, determinante de la pensión compensatoria, y a los módulos o factores que allí se enumeran en cuanto a su cuantificación; por eso se enmarca en las crisis matrimoniales que surgen de la separación y el divorcio, pero no a la nulidad y las consecuencias económicas que de dicha declaración pueden surgir y que contempla el artículo 98 y con un fundamento bien diferente, *como es de resarcir al cónyuge de buena fe por el daño moral que ha sufrido, al declararse que su matrimonio no existió como tal, y que sin embargo, confiadamente contrajo, ignorando la existencia de una causa invalidante que ocultó su consorte*; esta doctrina emana del Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 4 de abril de 1996. También es unánimemente aceptado que para que la indemnización proceda es necesario que, además de la declaración de la eficacia civil de la sentencia canónica (art. 80 del Código Civil), concorra en el reclamante la buena fe, y en el otro cónyuge la mala fe, de modo que si en este último también concurre la buena fe no es procedente el derecho indemnizatorio, pues se produce una compensación de las respectivas pretensiones (art. 1.195

del Código Civil), y aun exigiéndose también un período de convivencia, la falta del anterior requisito (sobre la mala fe) hacen inviable la pretensión, y como quiera que no se trata de imponer sanciones, si concurre la buena fe en ambos no es de aplicación el artículo 98 (STS de 10 de marzo de 1992). Téngase en cuenta que lo que el legislador ha querido es la reparación de una circunstancia dañosa e ilícita por el agravio físico y psíquico que ha producido una cohabitación provocada por engaño:

- Referencia a una cantidad única y pago de una sola vez.
- Fijación cuantitativa en consideración a las circunstancias determinadas en el artículo 97 del Código Civil; en todo caso, si hubiera acuerdo entre los integrantes del matrimonio declarado nulo, el mismo prevalecerá.
- Inaplicación de las disposiciones de los artículos 100 y 101 del Código Civil.
- Sometimiento de la indemnización al poder dispositivo de las partes y posibilidad de renuncia y transacción.

En verdad, esta indemnización forma parte de la compensación económica a que tiene derecho el cónyuge de buena fe en un matrimonio declarado nulo, quien no está obligado a probar el daño material o moral al ser suficiente la concurrencia de los presupuestos antes referidos.

RESUMEN

NULIDAD DE MATRIMONIO

Tras la declaración de nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, si uno de los cónyuges es de buena fe y ha existido una convivencia anterior durante su vigencia, creadora de una apariencia de matrimonio, pero sin que se exija un tiempo mínimo al respecto, tiene derecho a una indemnización de carácter compensatorio por los perjuicios derivados de una convivencia efectuada en un matrimonio nulo.

ABSTRACT

MARRIAGE ANNULMENT

After a civil or ecclesiastical marriage is annulled, if one of the spouses is in good faith and the spouses lived together previously while the marriage was valid, creating an appearance of marriage, no minimum time being required for that point, that spouse is entitled to compensatory indemnification for damages stemming from living together in a null marriage.

1.3. Derechos reales

LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL COMO PECULIAR FORMA DE TRADICIÓN

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctor en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. LA TRADICIÓN COMO ELEMENTO CLAVE EN LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES

De todos es conocido que el sistema de transmisión de los derechos reales en España es el del título y el modo. En nuestro peculiar sistema, para la transmisión de la propiedad es necesario que confluyan tanto el título (negocio jurídico que produce la modificación jurídico-real) como el modo, la *traditio* o entrega de la cosa. Así se deduce de los artículos 609 del Código Civil y 1.095 del Código Civil, en virtud de los cuales queda claro que para la transmisión de la propiedad y otros derechos reales se necesita un contrato y la tradición; a diferencia de la transmisión de los derechos personales o de crédito, donde basta el acuerdo entre las partes. Dos son, entonces, los elementos claves en la transmisión de la propiedad (el título y el modo), y ambos elementos van unidos de tal forma que uno sin el otro no produce dichos efectos traslativos del derecho real. En este sentido, las STS de 14 de diciembre de 1988, dice que «el dominio solamente puede adquirirse mediante un contrato con virtualidad traslativa de dominio (título), como es la compraventa, acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades».

Si sólo existe título, se generarán obligaciones, sobre todo surgirá la obligación de entrega de la cosa, pero no habrá derecho real sobre la misma; y si sólo existe entrega de la cosa, sólo habrá un desplazamiento posesorio, que no implica transmisión de la propiedad. La STS de 8 de febrero de 1988 confirma este extremo al señalar que «del mero título o contrato surgen derechos personales, pero el paso de la propiedad requiere además la entrega».

El título es algo distinto de la mera voluntad transmisiva, es, precisamente, el negocio jurídico que origina dicha transmisión, por eso se dice que es la *iusta causa traditionis*, y por eso nuestro sistema es eminentemente causal; de forma que cualquier defecto o vicio del título (negocio jurídico) influye en la transmisión de la propiedad, pues si no hay causa, no se produce aquélla.

El modo o *traditio*, en un primer momento, se ha configurado como la entrega de la cosa, el desplazamiento posesorio. No obstante, esta primera aproximación se ha ido matizando, y, hoy, debemos entender que la *traditio* o tradición es, propiamente, la transmisión de la posesión jurídica con finalidad traslativa de dominio, y no cualquier desplazamiento posesorio sin más.

En este sentido, DE DIEGO afirma que la *traditio* es «un modo de adquirir el dominio, derivativo y singular que consiste en la transmisión de la posesión de la cosa de una persona a otra, ambas, capaces con el intento de que la última se haga propietaria».

La STS de 8 de mayo de 1982 afirma que «la tradición no ha de entenderse siempre como traslado material físico de la cosa que se transmite mediante un contrato y ni siquiera una entrega en absoluto limpia de todo defecto».

Entendida la tradición como la transmisión de la posesión jurídica con finalidad traslativa, y no sólo como entrega física o material de la cosa, se comprende la existencia de distintos tipos o clases de tradiciones, apartados de la que se denomina tradición real, que es la entrega material de la cosa. De este modo, junto a la tradición real, encontramos otros modos de tradición que denominamos tradición ficticia o simbólica, que son formas espiritualizadas de tradición, pues no implican un efectivo desplazamiento de la cosa.

La tradición ficticia supone la realización de un hecho que represente o que demuestre que se ha producido dicha entrega traslativa; esto puede ser a través de la entrega, no de la cosa cuya propiedad se quiere transmitir, sino de un símbolo que la represente, v.gr., llaves del piso o del coche (tradición simbólica); igualmente, mediante la entrega de un documento que acredite la transmisión de la propiedad (instrumental); o incluso la forma más espiritualizada que es la tradición consensual, en la que el simple consentimiento de las partes produce la tradición, cuando el adquirente ya tenía la posesión (*brevi manu*), cuando es el transmitente el que se reserva esa posesión en concepto distinto de dueño (pacto de constituto), o cuando no pueda trasladarse la cosa por imposibilidad (solo consenso). Todas estas tradiciones son posibles, tal y como ha confirmado la jurisprudencia en multitud de sentencias, agrupándolas bajo la denominación de tipos de tradición ficticia (SSTS de 20 de octubre de 1989), si bien, sigue considerando la tradición real como la modalidad de entrega preferente (SSTS de 6 de noviembre de 1995, 12 de noviembre de 1995, 26 de octubre de 1967 y 16 de noviembre de 1970).

II. LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL

La tradición instrumental es un tipo de tradición ficticia en la que no hay verdadera entrega o traspaso efectivo de la cosa cuya propiedad se quiere transmitir, sino que esa «entrega material» viene sustituida por el otorgamiento de una escritura pública.

El artículo 1.462 del Código Civil la recoge expresamente al señalar que: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario».

Como dice O'CALLAGHAN (1): «el derecho da la fuerza traslativa de la tradición al simple acuerdo que se ha plasmado en escritura pública», pero es un verdadero tipo de tradición fingida, no presume que hubo tradición o entrega, sino que la escritura misma es la tradición (SSTS de 1 de julio de 1995, 31 de mayo de 1996; 29 de mayo de 1997; 9 de octubre de 1997).

De esta forma, podemos decir que la tradición instrumental no es posesoria, y no tiene porqué implicar siempre que el vendedor entregue la posesión material o efectiva de la cosa, ni siquiera, como ahora veremos, que tenga previamente la posesión de la misma antes de la venta.

(1) Véase O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo 3 (Derechos Reales e Hipotecario), EDESA, 2002.

Lo que se transmite es la propiedad directamente a través de la escritura; es un «modo», un «modo» distinto de la propia entrega posesoria (tradición real); y así hay que entender la tradición instrumental y el 1.462 del Código Civil. La escritura pública es una presunción de *traditio*, como transmisión de la posesión jurídica con voluntad traslativa de dominio, no como presunción de mera entrega física de la cosa. Por eso, cuando el propio artículo establece que se presumirá ese efecto «si de la misma no se dedujere lo contrario», se está refiriendo a la posibilidad de que las partes excluyan en la escritura, no la entrega de la posesión material, sino el propio efecto traslativo del dominio. Si eso se dedujera de la escritura, entonces, no habría transmisión dominical alguna; es decir, no habría modo (aunque existiera escritura); pero, si se excluye únicamente la entrega de la posesión del bien (porque se lo reserva el vendedor, o porque no lo tiene en ese momento), hay *traditio*, modo, y por tanto se transmite el dominio.

Analicemos, entonces, las relaciones entre la *traditio* instrumental y la posesión de la cosa por el vendedor, a la luz de estas afirmaciones, y basándonos en lo que ha dicho la jurisprudencia.

III. TRADICIÓN INSTRUMENTAL Y POSESIÓN

1. EL VENDEDOR SE RESERVA LA POSESIÓN

Vamos a analizar si es posible la transmisión de la propiedad cuando se produce una venta que se instrumenta en escritura pública, pero en la que no se transmite la posesión de la cosa porque se la reserva el vendedor. ¿Hay transmisión de la propiedad?, es decir, ¿hay modo o *traditio* aunque no haya entrega posesoria?

Tanto la doctrina del TS, como la de la DGRN sostienen que es posible transmitir la propiedad en este caso, porque hay tradición instrumental, que no necesita la entrega física de la cosa.

En este sentido las RRDGRN de 25 de enero, 30 y 31 de marzo de 2001, y más recientemente la de 8 de septiembre de 2005 contemplan un supuesto, parecido al planteado, de compraventa de un inmueble en escritura pública, en la que se establece una cláusula en virtud de la cual el vendedor se reserva la posesión material de la finca hasta una fecha determinada, especificándose que la compradora queda «posesionada en concepto de dueño en virtud de este otorgamiento de la finca comprada».

El Registrador rechaza la inscripción de la escritura por entender que no ha habido entrega de la cosa, sin que pueda entenderse que la escritura equivalga a la misma, pues de aquélla se deduce claramente lo contrario.

La DGRN dice que no puede mantenerse la decisión del Registrador, porque «cuando el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio; ...la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aún cuando no porque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega».

De igual forma, la STS de 18 de mayo de 1994 afirma que ni siquiera evita la transmisión de la propiedad el hecho de que en la escritura se aluda a un

compromiso de entrega material en un momento posterior: las partes pueden perfectamente convenir la transmisión del dominio y estipular un plazo de entrega física a efectos no ya transmisivos sino de cumplimiento.

Queda, por tanto, claro, como afirma FAUS (2) que la escritura pública «cumple la función de *traditio* o entrega, aunque la cosa no esté físicamente entregada, salvo que de la misma escritura resulte o se deduzca que se ha excluido esa voluntad de entrega instrumental».

En el mismo sentido, DE LA IGLESIA (3) afirma que, en este caso, hay que distinguir la entrega de la posesión inmediata o material o detentación física de la finca, que puede quedar en manos del vendedor, sin que esto impida que se traslade al comprador, amén de la propiedad, la posesión jurídica espiritualizada a través de la escritura.

Podemos decir, entonces, que es posible la transmisión de la propiedad, aunque no haya entrega material de la cosa porque se la reserva el vendedor, ya que existe modo, hay *traditio*, que es precisamente la escritura pública. Ésta se configura, de esta forma, como un tipo especial de *traditio*, alejado de la posesión. El vendedor quedaría como precarista, sin poder hacer valer su posesión (mera detentación) ante nadie.

2. EL VENDEDOR NO TIENE LA POSESIÓN

En este caso, y a diferencia del anterior, el vendedor no transmite la posesión material, porque carece de ella en el momento del otorgamiento de la escritura. ¿Puede la escritura pública, en este caso, transmitir la propiedad, y actuar, por tanto, como modo?

El supuesto es un poco más discutido que el anterior, pues aquí, ni siquiera tiene el vendedor la posesión. Por eso la jurisprudencia ha sido vacilante y contradictoria a la hora de admitir esta posibilidad, encontrándonos con distintas tesis.

La primera de las tesis mantenidas por el Tribunal Supremo es contraria a admitir la transmisión de la propiedad. Esta tesis más restrictiva aboga por la necesidad de que el vendedor posea la cosa vendida para que opere la transmisión dominical a través de la tradición instrumental, y niega la posibilidad de tradición instrumental sin posesión del vendedor, pues ve en la escritura una presunción *iuris tantum* de esa entrega (SSTS de 25 de abril de 1949, 17 de junio de 1961, 30 de junio de 1989, 17 de noviembre de 1992, 10 de diciembre de 1996 y 9 de octubre de 1997).

Junto a esta tesis, encontramos otra intermedia que no acepta pruebas de la falta de entrega posesoria extrínsecas a la propia escritura (SSTS de 22 de marzo de 1952, 28 de junio de 1961, 8 de junio de 1983, 9 de junio de 1988, 22 de julio de 1993 y 22 de diciembre de 2000).

Por último, encontramos la postura, más reciente, que es la que compartimos, que admite la posibilidad de transmisión dominical a través de la tra-

(2) Véase, FAUS, M., «Venta de finca sin entrega de la posesión», en *Breviario Derecho Civil*, 1: Contratos, 2006.

(3) Véase DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Resoluciones de la DGRN de 30 y 31 de marzo de 2001», en *RCDI*, núm. 670, marzo-abril de 2002. En el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1.462», en *Comentarios al Código Civil*, AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

dición instrumental, a pesar de que el vendedor carecía de la posesión material. En este sentido, son reveladoras las palabras de la STS de 29 de julio de 1997, que dice que «es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia (STS de 8 de mayo de 1984, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984 y 7 de febrero de 1985) el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado con lo dispuesto en el artículo 1462.2 del Código Civil». En el mismo sentido se manifiestan las SSTs de 18 de diciembre de 1990, 18 de mayo de 1994, 19 de mayo de 1997, 22 de diciembre de 2000, y las RRDGRN de 25 de enero de 1990 y 16 de mayo de 1996.

En definitiva, el vendedor seguirá obligado a la entrega de la cosa, y deberá cumplir dicha obligación y responder por ella, pero ya ha transmitido la propiedad, pues ha habido título y modo. Esta línea jurisprudencial es la confirmación del peculiar modo transmisivo en que consiste la escritura pública, independiente de la posesión o entrega material.

IV. TRADICIÓN INSTRUMENTAL Y REGISTRO

Por último, muy brevemente vamos a analizar la relación entre la inscripción en el Registro y la tradición instrumental.

Como ya hemos dicho, la tradición instrumental es un verdadero y peculiar «modo» hábil para transmitir el dominio. Se plantea por parte de la doctrina, si la inscripción puede sustituir a la tradición, convirtiéndose aquella en constitutiva de derechos reales. Sin pretender entrar ahora en este complicado asunto, baste poner de relieve para contradecir tal postura doctrinal, que la inscripción presupone, o embebe, la propia escritura pública, como consecuencia del cumplimiento del principio de legalidad y la necesidad de titulación pública. De este modo, no será la inscripción la que actúa de modo o *traditio*, y termina el proceso traslativo del derecho real, sino que éste lo culminará previa la escritura (tradición instrumental) que recoge la situación jurídica inscribible.

De todas formas, si en la propia escritura que se presenta a inscripción, se excluye expresamente el efecto traslativo del dominio, esa escritura no podrá inscribirse en el Registro, porque, entonces, no ha habido transmisión ni adquisición de la propiedad.

Todo esto no es sino confirmación de la tesis, que desde aquí se sostiene, de que la tradición instrumental es una peculiar modalidad de *traditio*, que opera por sí misma la transmisión de los derechos reales.

RESUMEN

LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL

En este trabajo se pretende hacer un repaso sobre las peculiaridades de la tradición instrumental, puestas de relieve por la jurisprudencia, que ponen de manifiesto sus divergencias con la

ABSTRACT

DELIVERY THROUGH DOCUMENT TRANSFER

This paper endeavours to give a review of the special features of delivery of ownership through document transfer, as highlighted by case law,

tradición real, y configuran este especial modo de tradición ficticia en nuestro sistema de transmisión de los derechos reales.

which show clearly how delivery through document transfer differs from actual delivery, and how this special mode of fictitious delivery is configured in our system for the conveyancing of real rights.

1.4. Sucesiones

LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. ACTOS INEQUÍVOCOS, CLAROS Y PRECISOS QUE REVELEN LA VOLUNTAD DE ACEPTAR

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil. UNED

1. PLANTEAMIENTO

La aceptación de la herencia es una declaración de voluntad mediante la cual el llamado a la misma asume su calidad de heredero y adquiere la herencia. La aceptación puede hacerse de forma expresa o tácita.

Este análisis crítico de jurisprudencia se va a centrar en la aceptación tácita y, en especial, en los actos a los que la jurisprudencia ha reconocido la virtud de implicar la aceptación de la herencia por parte del heredero. En un número anterior de esta Revista tuvimos ocasión de tratar este tema, volvemos a abordarlo por el interés que reviste para poder incluir las más recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre la aceptación tácita.

Según establece el artículo 988 del Código Civil, la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres (1).

2. RETROACCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN

Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se hereda (art. 999 del Código Civil). Según la sentencia del Supremo, de 21 de junio de 1986, deferida la herencia en el momento de la muerte del *de cuius*, según dispone el artículo 657 del Código Civil, los bienes y derechos son adquiridos por los correspondientes beneficiarios desde tal fecha, en virtud del efecto retroactivo de la aceptación, data relevante del fallecimiento que también opera en los legados de manera que los resultados económicos hay que enlazarlos a ese día (2).

(1) SSTs de 20 de mayo de 1982, 21 de marzo de 1968, 9 de junio de 1964, 19 de octubre de 1963, 5 de julio de 1958, entre otras.

(2) En la misma línea se muestran las SSTs de 22 de diciembre de 1978 y 27 de mayo de 1982.

3. INVALIDEZ DE LA ACEPTACIÓN PARCIAL

La invalidez de la aceptación parcial viene recogida en el artículo 990 del Código que expresamente dice que no cabe la aceptación o repudiación parcial de la herencia. El heredero asume la posición jurídica del causante, lo que impide aceptar sólo en parte, así se manifiesta la Resolución de la DGRN de 23 de julio de 1986.

La sentencia del Supremo, de 13 de julio de 2007, señala de forma clara que no cabe aceptar la herencia sólo en parte, ni puede ser revocada posteriormente por el aceptante. Considera que tuvo lugar la aceptación tácita de la herencia, derivada de hechos claros y precisos reveladores de la voluntad del heredero de aceptar la herencia, no cabiendo el que los recurrentes ignoren aquellos hechos que no les son de interés para sostener la eficacia de la renuncia a la herencia y, por otra parte, sostener la validez del cuaderno particional subsiguiente. Añade la sentencia que la intervención en las operaciones particionales seguidas en el juicio voluntario de testamentaría implican la aceptación tácita de la herencia que, en ningún caso, puede hacerse en parte ni ser revocada posteriormente por el aceptante.

4. LA ACEPTACIÓN EXPRESA O TÁCITA

El artículo 999 entiende por aceptación expresa la que se hace en documento público o privado, y tácita la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. El último párrafo de este precepto estipula que los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, salvo que con ellos se tome el título o la cualidad de heredero.

Como decían Las Partidas de forma muy gráfica, sólo los actos de señor implican aceptación tácita, y por tales hemos de entender los que sólo puede realizar quien ostenta dicha titularidad. La Jurisprudencia ha seguido una línea uniforme al exigir que los actos sean claros y precisos de modo que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia (3), como insiste la sentencia del Supremo, de 31 de mayo de 2006. Esta voluntad inequívoca es de suma importancia, por lo que «ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación» más que «la de hacer propia la herencia».

Hay una gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hacen hincapié en la necesidad de la intención de ser heredero (4).

(3) SSTS de 15 de junio de 1982, 24 de noviembre de 1992, 12 de julio de 1996 y 27 de junio de 2000.

(4) Entre otras, SSTS de 21 de abril de 1881, 8 de julio de 1903, 17 de febrero de 1905, 12 de febrero de 1916, 6 de julio de 1920, 23 de abril de 1928, 13 de marzo de 1952, 27 de abril y 23 de mayo de 1955, 31 de diciembre de 1956, 8 de mayo de 1957, 31 de marzo y 4 de julio de 1959, 16 de junio de 1961, 21 de marzo de 1968, 29 de noviembre de 1976, 14 de marzo de 1978, 20 de noviembre de 1991, 24 de noviembre de 1992, 12 de julio y 10 de octubre de 1996, 9 de mayo de 1997, 20 de enero de 1998, 18 de diciembre de 2006, 13 de julio de 2007. Resoluciones de la Dirección General de los Registros: 25 de mayo de 1895, 21 de mayo de 1910, 21 de enero de 1993, 10 de diciembre de 1998, 25 de febrero de 1999.

Considera la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2006, que ha habido aceptación tácita al tomar como base datos que revelan actos propios como son:

- La postura procesal adoptada en el procedimiento en el que comparece como heredero.
- La falta de toda prueba en relación con la repudiación de la herencia, incluso en la prueba de confesión, manifiesta que no ha renunciado a la herencia.
- La aportación de un cuaderno particional elaborado por quien pretende negar su aceptación junto con los otros coherederos.
- La constancia, según el cuaderno particional anteriormente citado, de que la herencia de autos no es una herencia deficitaria.

Se consideran actos concluyentes que implican tácita aceptación, la recepción de títulos valores integrados en el caudal relicto y el percibo de su valor tras su vencimiento, actos que a juicio del Alto Tribunal, sentencia de 18 de diciembre de 2006, no pueden tener otra significación que la de su voluntad de adir la herencia, tanto más cuanto que sólo habría derecho a ejecutar tales actos con la condición de heredero.

En cuanto a otros actos a los que se les ha reconocido el efecto de producir la aceptación de la herencia, nos remitimos al comentario crítico sobre la aceptación de la herencia hecho por la autora en esta misma Revista y que reproducimos parcialmente en nota a pie de página (5).

5. HECHOS QUE NO IMPLICAN ACEPTACIÓN

1. NOTIFICACIONES PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO

Según la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2006, el hecho de recibir notificaciones correspondientes a un procedimiento hipotecario no implica voluntad de aceptar, ya que se trata de una actitud pasiva.

2. POSESIÓN DE LOS BIENES

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dice que la posesión de los bienes no constituye *per se* prueba de hacer suyos los bienes hereditarios, lo que exige actos de administración o disposición a título de heredero. Según este Tribunal, la aceptación tácita de la herencia ha de ser concluyente y sobrepasar actos de mera conservación, vigilancia y administración de los bienes (senten-

(5) Son muy diversos los actos que implican la aceptación de la herencia así: la oposición a la ejecución de un crédito (RDGR de 8 de agosto de 1893), la continuación de los herederos en los autos incoados por el causante y con la misma pretensión (RDGR de 25 de mayo de 1895), ostentan ante la Administración Pública la cualidad de heredero (STS de 18 de junio de 1900), intervenir en el hecho de vender bienes hereditarios, disfrutar los bienes de la herencia y cobrar créditos hereditarios (STS de 6 de julio de 1920), el otorgamiento de una escritura de arrendamiento (STS de 24 de abril de 1928), el realizar gestiones que afectan a los bienes hereditarios (STS de 23 de mayo de 1982). Esta última sentencia recoge, también, el cobro de créditos hipotecarios.

cias de 19 de julio de 2001, 24 de abril de 2003, sigue esta doctrina la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 25 de enero de 2007).

En este apartado de la posesión de los bienes, hay que prestar especial atención a los actos que sean equívocos porque el heredero tenga la posesión de los mismos en virtud de un título distinto.

6. CONCLUSIÓN

Para que un determinado acto implique una declaración tácita de aceptación de herencia es necesario que sea inequívoco. A modo de conclusión recogemos lo dicho en la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1944, cuando señala que «el acto del que se deduzca la aceptación de la herencia ha de tener una de estas dos cualidades: o la de revelar necesariamente la voluntad de aceptar, es decir, revelar, sin duda alguna que, al realizarlo, el agente quería aceptar la herencia, o la de ser su ejecución facultad de heredero».

RESUMEN

ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA

Análisis crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aceptación tácita de la herencia. La necesidad de que los actos que revelen la voluntad de aceptar sean claros, precisos e inequívocos. No cabe hacerse sólo en parte. No basta con la mera posesión de los bienes, exige actos de administración o disposición a título de heredero. No presupone el consentimiento de la partición.

ABSTRACT

TACIT LEGACY ACCEPTANCE

Critical analysis of Supreme Court case law on tacit legacy acceptance. The need for the acts revealing the heir's willingness to accept to be clear, precise and unequivocal. Acceptance cannot be only partial. Mere possession of the property does not suffice; tacit acceptance requires acts of administration or disposal performed in the capacity of heir. It does not entail consent to partition.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA IMPUTACIÓN DE PAGOS PRESUPONE LA EXISTENCIA DE VARIAS DEUDAS CONTRA EL MISMO OBLIGADO Y A FAVOR DEL MISMO ACREEDOR

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

La imputación de pagos consiste en la aplicación que haya de darse a la prestación realizada con referencia a alguno o algunos de los diferentes cré-

ditos de que sean titulares activos y pasivos las mismas personas, es decir, manifiesta la existencia de varias deudas de una misma especie que gravan sobre un solo deudor y a favor de un mismo acreedor, siendo, pues, el deudor el que puede manifestar su voluntad a favor de liquidar una deuda u otra. Al considerarla una declaración de voluntad recepticia, en principio correspondiente al deudor sobre el destino de la prestación que realiza, presupone, tal y como manifestamos en el título que da comienzo a nuestro estudio, la existencia de varias deudas contra el mismo obligado y a favor del mismo acreedor, con lo que se reconoce la facultad del deudor al tiempo de pago con el propósito de declarar a qué deuda de las pendientes ha de aplicarse (1).

Decir imputación de pagos es hablar de designación o señalamiento de deuda a la que aplicar la prestación verificada por el deudor, y esto exige la existencia previa del deudor y acreedores de una pluralidad de deudas derivadas de las obligaciones entre los mismos, facultando el artículo 1.172 del Código Civil para designar o señalar a qué deuda de las preexistentes ha de imputarse el pago, lo que implica que tal señalamiento o designación dé lugar a esa declaración de voluntad que le corresponde al deudor sobre la prestación a la que antes hemos aludido, y sin perjuicio de que el acreedor incluso después de verificado el pago pueda proveer al deudor de un *recibo* que exprese tal aplicación (2).

La doctrina señala una serie de presupuestos para que se dé la equivocidad que la imputación de pagos requiere y son los que a continuación pasamos a enumerar:

- Que las deudas sean de la misma especie o naturaleza (3), siendo lógico que las deudas sean anteriores a la manifestación de voluntad de imputación de pagos.
- Que las deudas se encuentren vencidas y sean, por tanto, exigibles (4). Si las deudas deben ser vencidas y exigibles, difícilmente puede pensarse que no sean al mismo tiempo líquidas, es decir, determinadas con precisión en su cantidad total.
- Que un deudor lo sea por varios conceptos o tenga varias deudas respecto de un solo acreedor, es decir, un solo deudor y un solo acreedor en la misma relación obligatoria (5). No obstante, dada la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, puede pactarse una imputación de pagos entre varios deudores o varios acreedores.

Y a estos podemos unir los requisitos exigibles a las formas de pago en general, es decir, que se haya hecho completamente la prestación en que consista y que se manifieste al tiempo de hacer el pago, así como imponer los límites a la facultad del deudor de hacer la imputación de pagos, tal premisa es la que se deduce de los artículos 1.173 y 1.174 del Código Civil.

(1) Tal y como se disponía en textos del Derecho Histórico como en el Digesto, Ley 1.ª, título 3, libro 46 y en la STS de 30 de junio de 1983.

(2) Así lo manifiestan las SSTs de 13 de mayo de 1969, 11 de mayo de 1984 y 16 de octubre de 1985.

(3) SSTs de 21 de diciembre de 1985 y de 8 de julio de 1974.

(4) Citando en este sentido la STS de 21 de abril de 1971 y el artículo 1174.1.º del Código Civil.

(5) Así lo disponen las SSTs de 11 de diciembre de 1968 y 13 de mayo de 1969.

Por parte de la jurisprudencia se exige que las varias deudas, de existir, sean entre sí independientes y autónomas, puesto que una pluralidad de rentas vencidas correspondientes a un mismo contrato de arrendamiento no constituyen las varias deudas a que se refiere el mencionado artículo 1.172 (6). Pero el artículo 1.173 demuestra que puede haber imputación de pagos incluso dentro de una sola deuda, con lo que da a entender que la deuda de intereses, aunque accesoria y dependiente, es distinta de la deuda de capital. Este precepto no habla de varias deudas, como el primer inciso del artículo 1.172, sino de una sola en la cual existan capital e intereses y no puede entrar en juego al tratarse de una cuenta de intereses y otras de capital que responden a relaciones jurídicas diferentes, cuales eran las derivadas de los contratos de seguro por pago de sus primas y la emanada del contrato de préstamo celebrado con la garantía de las pólizas por pago de sus intereses. Es, además, inaplicable al caso en que se trata de cantidades debidas por razón de una sanción penal y porque, pagado el capital e intereses de éste por virtud del procedimiento ejecutivo, no puede sostenerse que el deudor haya dejado incumplida la obligación, siquiera lo haya sido irregularmente por haber dado lugar a dicho juicio. Y es que la facultad impugnatoria que el acreedor tiene, según el artículo 1172.2.º, habrá de ejercitarse oportunamente para evitar que actúe la norma supletoria que establece el artículo 1.174, pues la suya también es una declaración recepticia, ya que para su eficacia ha de comunicarla al deudor (7). Y es que aunque en apariencia es una imputación de pagos concedida al acreedor, en realidad, sigue hallándose la facultad impugnatoria únicamente en el deudor, ya que es éste quien decide si aceptar o no la aplicación de pago que hace el acreedor en su recibo y lo único que ocurre es que el deudor manifiesta su voluntad a través de la aceptación totalmente libre de una prestación del acreedor con la que puede influir simplemente en la decisión del *solvens*.

Por su parte, el artículo 1.174 implica una quiebra de la indivisibilidad del pago y responde como norma supletoria al citado principio fundamental de favorecer al deudor realizando la imputación más favorable para sus intereses (8). Desde otro punto de vista, la deuda reclamada judicialmente se estima más onerosa y la que devenga intereses o lleva consigo una pena. El citado artículo 1.174 sólo es aplicable cuando la cantidad entregada como pago no puede imputarse, según las reglas anteriores a determinada deuda. En la STS de 4 de enero de 1988, en dos deudas que se declaran existentes, la sentencia hace una imputación de pagos declarando que la cantidad entregada a cuenta se aplicará por mitad a cada una de ellas en cumplimiento del párrafo segundo de dicho precepto, además reconoce que los deudores alegaron el pago parcial para cubrir las deudas existentes y consta que ese pago parcial se refiere a dos pleitos en el fundamenteo de derecho segundo de la sentencia, lo que conduce a concluir que, al ser distribuida por mitad por la sentencia, se hizo una imputación práctica que, en ninguna forma se revela como arbitrariamente perjudicial a los intereses del actor, sobre todo si se tiene en cuenta que la aplicación del párrafo primero de tal artículo obliga a imputar el pago a las deudas más onerosas y, concurriendo deudas exigibles y no exigibles, son más onerosas las primeras.

(6) STS de 22 de junio de 1965.

(7) STS de 1 de diciembre de 1970.

(8) En este sentido se estima más onerosa la obligación garantizada como lo disponen las SSTs de 22 de octubre de 1968 y 1 de diciembre de 1970.

En definitiva, el artículo 1.174 maneja dos criterios que son subsidiarios entre sí: onerosidad, es decir, se estima satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas, siendo la más onerosa la que supone mayor gravamen o perjuicio para el deudor la deuda cuyo pago reporta mayor beneficio o ventaja, y proporcionalidad, pues, si las deudas vencidas fuesen de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata, es, en sí, un criterio supletorio del de la onerosidad.

CONCLUSIONES

La imputación de pagos no es otra cosa que la designación o señalamiento de la deuda a la que se haya de aplicar la prestación verificada por el deudor, tal y como hemos visto a lo largo de lo expuesto. En realidad, los artículos que acabamos de analizar (1.172 a 1.174 del Código Civil) se inspiran en el principio *favor debitoris* cuando se da el presupuesto fáctico de un deudor que tiene varias deudas de la misma especie a favor de un solo acreedor, es decir, que entonces es el deudor el que puede elegir al pagar a cuál de las deudas ha de aplicarse el pago que hace. Al regular la imputación de pagos en caso de pluralidad de créditos, tales preceptos admiten que:

- la imputación sea hecha por el deudor en uso de la facultad exclusiva que para ello se le atribuye;
- que la imputación sea realizada por el acreedor y consentida por el deudor por el hecho de aceptar de aquél un recibo en que se haga la aplicación del pago;
- que la misma imputación sea hecha por ley en defecto de las dos anteriores, bastando para desautorizar por completo la declaración del recurrente según la cual el hecho negativo de no recibir el deudor ningún recibo del acreedor sin protestar de la no aplicación de pago impide imputación alguna, pues, muy lejos de ello, la falta de imputación convencional abre el paso a la imputación legal, entrando en juego las reglas que a continuación pasamos a exponer:
- Se habrá de entender satisfecha, en primer lugar, la deuda que resulte más onerosa por el deudor, y para determinar la onerosidad de las deudas habrá que atender no sólo al tipo de interés de las diversas deudas, sino también a la existencia de garantías reales que son realizables por vía ejecutiva, existencia de cláusula penal o cláusula resolutoria expresa, etc. Debe ser considerada más onerosa una obligación que genere intereses moratorios convencionalmente pactados que otras posibles deudas que sólo produzcan intereses a partir de la constitución en mora del deudor. En caso de existir obligación de intereses en todas las deudas, la mayor onerosidad vendrá determinada por la tasa o tipo de interés.
- Finalmente establece que si las diversas deudas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata. El criterio del prorrateo es, pues, el último criterio de imputación legal, y consiste en la distribución o reparto proporcional del pago realizado entre las diversas deudas exigibles, por lo que, en definitiva, genera una excepción al principio de la indivisibilidad del pago. Onerosidad y prorrateo no son excluyentes entre sí, aunque, cierta-

mente, la regla del prorrateo es subsidiaria respecto del criterio de mayor onerosidad.

Por último, nos hemos planteado en este estudio la cuestión de si debe manifestar el deudor de alguna forma su rechazo para enervar el efecto derivado de la recepción y conservación del recibo y la respuesta que damos es afirmativa en base a los principios generales que rigen la interpretación del silencio dentro del marco de la autonomía privada, de lo contrario, se deja al acreedor en la inseguridad acerca de la imputación verdaderamente eficaz hasta el punto de permitir que el deudor se apunte cuando llegue la ocasión a una solución o a la otra según le convenga.

RESUMEN

IMPUTACIÓN DE PAGOS

La imputación de pagos se manifiesta en una declaración de voluntad correspondiente al deudor sobre el destino de la prestación que realiza. Se reconoce la facultad del deudor, al tiempo de pago, para declarar a qué deuda de las pendientes ha de aplicarse. La imputación de pagos es la designación de la deuda a la que se haya de aplicar la prestación verificada por el deudor.

ABSTRACT

APPLICATION OF PAYMENTS

Application of payments takes the form of a declaration of the debtor's intentions concerning the use of a payment he is making. The debtor is recognised as having the power, at the time of payment, to declare which of his outstanding debts the payment is to be applied to. An application of payments is the designation of the debt to which the payment made by the debtor is to be applied.

LA DURACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS Y EL MECANISMO DE PRÓRROGAS TÁCITAS A LA LUZ DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La regulación que hace el Código Civil de esta materia, así como su insuficiencia para resolver los problemas planteados en la práctica, dieron lugar a la aparición de una legislación especial en la materia. Se inicia así una legislación intervencionista que culminaría con la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, según la cual, el propietario tenía libertad para arrendar o no, pero si lo hacía el contrato se regía por normas imperativas, idea reiteradamente declarada por la jurisprudencia en sentencias de 29 de octubre de 1945

y 5 de abril de 1949, entre otras. Esta concepción social e institucional del arrendamiento rústico se distancia bastante de los principios reguladores de esta figura jurídica en el Código Civil. Posteriormente se dictó un Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos, aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959, que en realidad más que una norma de carácter reglamentario era un Texto Refundido, ya que no se limitó a desarrollar la ley, sino que sistematizó las disposiciones legislativas existentes hasta ese momento en la materia.

La reforma de esta legislación tiene lugar por Ley de 31 de diciembre de 1980, la cual se caracterizaba por su tendencia social manifestada en la protección al arrendatario, concediéndole derechos tan importantes como el de tanteo y retracto, contempla el derecho de adquisición forzosa, el carácter restrictivo de la renunciabilidad de derechos, establece para el arrendatario el requisito de profesionalidad, regula la intervención administrativa en defensa de los pequeños agricultores y la creación de Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos.

La necesidad de su reforma vino motivada por su excesiva rigidez y la deficiencia estructural de la agricultura española, que aconsejaban un cambio liberalizador en la legislación especial arrendaticia.

El primer paso en esta línea liberalizadora viene representado por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias, la cual establece una duración mínima de los arrendamientos de cinco años frente a los veintiuno de la anterior regulación y suprime las prórrogas forzosas, abriéndose una etapa en la legislación arrendaticia rústica, conducente a una mayor movilidad de la tierra y a la modernización de nuestras explotaciones agrarias. Como señala DE LOS MOZOS (1), esta ley «representa una nueva desamortización de los arrendamientos rústicos».

El establecimiento de una adecuada regulación de los arrendamientos rústicos se convierte, no ya en un instrumento de política económica y social, sino también en un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos ex artículo 130 de la CE.

Fruto de todo ello es la nueva LAR 49/2003, de 26 de noviembre, que tiene como finalidad lograr una flexibilización del régimen de arrendamientos rústicos siguiendo la línea iniciada por la Ley de 4 de julio de 1995. En su artículo 1 otorga primacía a la autonomía de la voluntad de las partes en todo aquello que no sea contrario al muy limitado contenido imperativo de la ley. La mencionada Ley trata de lograr un aumento de eficiencia de las explotaciones que compense posibles pérdidas de renta a agricultores y ganaderos, sigue así las directrices implantadas por la Política Agraria Común de la UE (PAC), que para ello exige explotaciones de dimensiones superiores a las anteriores y una correlativa dinamización del mercado de la tierra.

La duración mínima que contempla dicha Ley es de tres años y el único tipo de prórroga que regula fue la prórroga tácita en el caso de que ninguna de las partes denunciase la extinción del contrato al finalizar el plazo pactado o el legalmente señalado.

Esta Ley ha sido modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, cuyo objeto es «servir de instrumento de movilización de tierras y recursos agrarios para posibilitar el aumento de las explotaciones agrarias viables y hacerlo en

(1) DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 21.

el marco de una agricultura fuertemente tecnificada y para unos activos agrarios que sean profesionales de la agricultura».

Con dicha finalidad se amplía el plazo de duración de los arrendamientos y de sus respectivas prórrogas tácitas a cinco años.

II. PLAZO MÍNIMO DE DURACIÓN

El artículo 12.1 de la LAR establece: «Los arrendamientos tendrán una duración mínima de cinco años. Será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor».

Destacamos la imperatividad del plazo mínimo de duración del contrato, cuya contravención se sanciona con la nulidad absoluta de la cláusula contractual que establezca una duración inferior a los cinco años. Existen opiniones doctrinales que consideran más acertado establecer una sanción de anulabilidad que requiere por tanto ejercicio de la acción por el perjudicado.

No se establece plazo máximo de duración, pero atendiendo a la esencia de la relación arrendaticia que *per se* es de carácter temporal, no son admisibles los arrendamientos perpetuos ni tampoco los constituidos por el tiempo de duración señalado por el arrendatario, ya que ésta implicaría una vulneración del artículo 1.256 del Código Civil.

Los años a los que se refiere este artículo son naturales y su cómputo se rige por el artículo 5 del Código Civil. El día inicial de comienzo del cómputo no se encuentra regulado en la LAR, pudiendo aplicarse por analogía el artículo 9 de la LAU, que dice: «El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si ésta fuese posterior». La posibilidad de aplicación analógica podemos basarla en el significado similar que tiene en los arrendamientos rústicos y urbanos la puesta a disposición de la finca en relación con los efectos derivados de la relación arrendaticia.

El artículo 12.2 dice: «Salvo estipulación de las partes, estableciendo una duración mayor, el arrendamiento de fincas y de explotaciones se entenderá concertado por un plazo de cinco años, por lo que cumplido el tiempo, a no ser que las partes hayan dispuesto otra cosa, al celebrar el contrato o en otro momento posterior, el arrendatario de las fincas pondrá a disposición del arrendador la posesión de las fincas arrendadas, si hubiera mediado la notificación a que se refiere el apartado siguiente».

Una vez cumplido el tiempo de duración del contrato y a no ser que las partes hayan dispuesto otra cosa, el arrendatario deberá poner a disposición del arrendador la posesión de la finca arrendada, lo cual determina la extinción de la relación arrendaticia. Destacamos que esta norma es aplicable tanto al arrendamiento de fincas como al de explotaciones, así el artículo 8 de la LAR señala que el arrendatario de fincas rústicas debe devolverlas al terminar el arriendo, en el estado en que las recibió y que el arrendatario de explotación debe devolver ésta a la terminación del arriendo asumiendo la obligación de conservar la unidad orgánica de la explotación. En este sentido también destacamos su paralelismo con el artículo 1.561 del Código Civil.

En cuanto al posible pacto en contrario de las partes, podemos entenderlo referido bien a la transmisión de la posesión conviniendo las partes que el arrendatario continúe en la posesión de la finca en virtud de un título diferente como manifestación de la traditio *solo consensu*, o bien entender que se

refiere a la extinción de la relación arrendaticia, así podría haberse acordado una ampliación del plazo inicialmente pactado o haberse establecido un régimen de prórrogas convencionales distinto al legal.

Con la modificación de la LAR en 2005 se supedita esta puesta a disposición del arrendador de la finca arrendada a que medie la notificación a que se refiere el apartado siguiente, es decir, la notificación fehaciente que el arrendador debe dirigir al arrendatario para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo de duración.

III. MECANISMO DE PRÓRROGAS TÁCITAS

El artículo 12.3 establece: «El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo contractual, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, si el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, el contrato se entenderá prorrogado por un período de cinco años. Tales prórrogas se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato».

Es decir, que la extinción del contrato al cumplirse el plazo de duración no es automática (a diferencia de lo establecido en el art. 1.566 del Código Civil donde se regula la tácita reconducción), sino que exige denuncia por alguna de las partes. Si es el arrendador el que desea poner fin a la relación locativa y siempre que se haya cumplido el plazo mínimo de duración del contrato, debe notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. Si por el contrario, es el arrendatario el que quiere darlo por concluido, basta con que restituya la posesión al término del plazo de duración, sin que se exija ningún tipo de preaviso. De no ser así, el contrato se prorroga tácitamente por un plazo de cinco años, sucediéndose indefinidamente tales prórrogas en tanto no se produzca la denuncia del contrato.

Hay que tener en cuenta que es el mismo contrato de arrendamiento el que se prolonga en el tiempo, no tiene lugar el nacimiento de uno nuevo que sin solución de continuidad sigue al anterior como ocurre en los casos de tácita reconducción tipificada en los artículos 1.566 y 1.567 del Código Civil.

Esta norma tiene su antecedente más próximo en el artículo 28 de la LMEA de 1995, conforme al cual el arrendador podía recuperar la posesión al término del plazo contractual, sin sujeción a ningún requisito, salvo la notificación fehaciente al arrendatario, al menos, con un año de antelación.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar si cabe el desistimiento unilateral del arrendatario, facultad que no se encuentra contemplada en el artículo 12 que estamos analizando, pero que sí se encontraba regulada en la legislación anterior.

La LAR de 1980 contemplaba la posibilidad del desistimiento unilateral del arrendatario al término de cada año agrícola, dando al arrendador un preaviso de seis meses. Dicha posibilidad también estaba regulada en el artículo 28 de la LMEA de 1995, a continuación de la referencia que hacía el precepto a las prórrogas tácitas del contrato.

En la actualidad, la nueva LAR contempla la facultad de desistimiento unilateral del arrendatario en el artículo 24 dentro de las causas de terminación del arrendamiento, perdiéndose así su conexión con el período de duración del arrendamiento y de sus posibles prórrogas ex artículo 12 de la LAR.

Con lo cual, se nos plantea la duda de si esta facultad opera durante el período de prórrogas o también durante el plazo inicialmente pactado. Para responder a dicha cuestión hay que tener en cuenta la esencia liberal inspiradora de la LAR de 2003, posteriormente matizada por su modificación en 2005. En mi opinión la facultad de desistimiento unilateral concedida al arrendatario opera también durante el plazo mínimo de duración de la relación locativa de cinco años y no sólo durante el período de prórrogas tácitas que regula el artículo 12 de la LAR.

El plazo de duración del arrendamiento tiene gran importancia, ya que afecta a la estabilidad de la empresa agraria y es razonable encontrar un equilibrio que permita la protección de los intereses de las partes que están en juego en la relación arrendaticia: un plazo demasiado largo sería un obstáculo para la movilidad de la tierra y uno demasiado corto perjudicaría la estabilidad del arrendatario, así como la posibilidad de que amortice las inversiones realizadas. En mi opinión es adecuado el plazo establecido por la LAR en su modificación de 2005, siguiendo la línea ya iniciada por la LMEA de 1995 y el Derecho Comunitario en esta materia.

IV. CASOS ESPECIALES

En la actualidad han desaparecido los arrendamientos de larga duración que regulaba la LAR de 1980, es decir, aquellos con una duración de al menos dieciocho años, sin derecho a prórrogas legales aunque sí a convencionales de tres años cada una.

Las especialidades en cuanto al plazo de duración de los arrendamientos nos lleva a distinguir dos casos:

1. Los otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un derecho análogo de goce, se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso subsistirán hasta que éste concluya. También podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste exceda de la duración de aquellos derechos si a su otorgamiento hubiera concurrido el propietario ex artículo 10 de la LAR.

2. El menor cuyo padre, madre o tutor, haya arrendado sus fincas o explotaciones puede poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima de cinco años regulada en el artículo 12 y lo comunicará al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización ex artículo 9.4 de la LAR.

RESUMEN

DURACIÓN DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

En este trabajo hemos analizado el plazo de duración de los arrendamien-

ABSTRACT

RURAL LEASE TERM

This paper analyses the term of rural leases, a matter regulated in article 12 of the Rural Lease Act. The mi-

tos rústicos, materia regulada en el artículo 12 de la LAR. Su duración mínima es de cinco años, siendo nula toda cláusula por la que las partes estipulen una duración menor, transcurrido dicho plazo de duración el arrendador puede recuperar la posesión de las fincas, notificándoselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, entra en funcionamiento un sistema de prórrogas tácitas por períodos de cinco años, las cuales se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato.

nimum term of a rural lease is five years; any clause whereby the parties stipulate a shorter term is null. After expiration of the five-year term the lessor may recover possession of the properties, in which case the lessor must serve the lessee with reliable notice one year in advance. Otherwise a system of tacit five-year extensions goes into operation, which extensions shall continue indefinitely until the lease is cancelled.

1.6. Responsabilidad Civil

EL CONSUMIDOR QUE HA SUFRIDO UN DAÑO POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO ES EL QUE HA DE ACREDITAR EL DEFECTO, EL DAÑO Y EL NEXO ENTRE AMBOS

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil. UNED

I. INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a las reformas llevadas a cabo en las últimas décadas en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, los problemas eran resueltos conforme a las reglas generales de responsabilidad, si era contractual, según lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil y si los daños derivan de una responsabilidad extracontractual a tenor de lo establecido en el 1.902 del citado cuerpo legal (1).

(1) Es cierto, como afirma PARRA LUCÁN, que: «...en la responsabilidad contractual debe advertirse cómo la aplicación jurisprudencial no ha sido abundante, ni tampoco uniforme. Los esfuerzos doctrinales por interpretar la obligación de indemnizar en el saneamiento, ex artículo 1.486-II del Código Civil, y que han tenido más éxito en la experiencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, no han tenido reflejo en la práctica. Si prescindimos del grave inconveniente que para la víctima tiene el breve plazo de que dispone para reclamar al amparo de esta regla (seis meses), algunas de las dificultades detectadas pueden ser superadas: así la de incluir los daños causados por la propia cosa defectuosa en el régimen del saneamiento, o la de propugnar una interpretación del concepto de vicio del artículo 1.484 del Código Civil que englobe la defectuosidad como falta de seguridad; o, incluso, la necesidad de probar el conocimiento en el vendedor profesional. La generalización de estas soluciones para el ámbito de los daños por productos, sin embargo, no parece que tenga mucho sentido en los actuales procesos

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) (2) supuso, con carácter general, un avance considerable en materia de responsabilidad, y en concreto estableció la posibilidad de la reparación del daño por «el consumo de bienes o la utilización de servicios» (3). Como afirma PARRA LUCÁN, aquí ya no se distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual, porque el derecho del consumidor a ser reparado nace con independencia a la existencia de una relación contractual.

A pesar de que el artículo 26 del citado cuerpo legal establece un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, el artículo 28 implanta un sistema de responsabilidad objetiva para determinados productos —aunque prácticamente en la enumeración se pueden incluir todos— y en concreto, se hace referencia a los productos farmacéuticos y a los servicios sanitarios (4).

En el ámbito europeo se parte de la Directiva 85/374, de 25 de julio, cuya finalidad, aparte de establecer los criterios de responsabilidad, era la de aproximar y unificar las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en relación con la responsabilidad de los productores por el estado defectuoso de sus productos. La adaptación de nuestro ordenamiento a los mandatos europeos culminó con la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (LPD) (5).

II. CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDOS EN LA LEY 22/1994

Al estar ante un supuesto específico de responsabilidad, es preciso hacer un breve análisis de la delimitación del concepto de producto y en concreto de producto defectuoso.

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PRODUCTO DEFECTUOSO

La Ley 22/1994, establece en el artículo 2 el concepto legal de producto, estableciendo que: *A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o*

productivos, donde la existencia de defectos en los productos suele escapar de la esfera de control del vendedor. PARRA LUCÁN, M. A., «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 3.ª ed., 2006, pág. 1430.

(2) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE, núm. 17, de 17 de mayo de 1989), modificada recientemente por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

(3) Artículo 25 de la LGDCU: *El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.*

(4) El artículo 148 del Texto Refundido es una copia casi exacta del artículo 28 de la LGDCU, suprime los productos farmacéuticos de la enumeración de productos sometidos a ese régimen especial de responsabilidad.

(5) Derogada por el Real Decreto 1/2007, mencionado anteriormente.

inmueble. También se considera producto el gas y la electricidad (6). A continuación, en el artículo 3, delimita el concepto de producto defectuoso en los siguientes términos: *1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada* (7).

Se observa la trascendencia que tiene la consideración de que un producto es defectuoso, pues el defecto va a ser la causa de la responsabilidad si ha existido daño. Aunque LASARTE ÁLVAREZ considera que el criterio contenido en este artículo se aproxima al referido a las expectativas del consumidor, creo que atiende a un criterio más objetivo, en relación con la finalidad y utilización para la que ha sido creado y a las medidas de seguridad que debe cumplir.

2. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA RELATIVA

Como afirma su propia Exposición de Motivos: «...La Ley establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran».

Los criterios que amortiguan esa responsabilidad objetiva vienen marcados principalmente por dos vías. La primera, como señala la propia Exposición de Motivos, es la posibilidad de que el fabricante pueda exonerarse de la responsabilidad cuando concurren una serie de circunstancias previstas en el artículo 6 de la ley (8): Sin embargo en el apartado 3 se establece una salvedad

(6) En la redacción originaria se excluían las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de caza y de pesca que no hubiesen sufrido transformación inicial. La redacción actual se debe a la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas administrativas y del orden social para adaptar nuestro ordenamiento a lo dispuesto en la Directiva 1999/34, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo, que modificó la Directiva 85/373.

El artículo 136 del Texto Refundido mantiene en idénticos términos el concepto de producto.

(7) Recogido exactamente en el artículo 137 del Texto Refundido.

(8) Artículo 6. *Causas de exoneración de la responsabilidad.*

1. *El fabricante o el importador no serán responsables si prueban:*

a) *Que no habían puesto en circulación el producto.*

b) *Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.*

c) *Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.*

d) *Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.*

e) *Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.*

2. *El fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado no serán responsables si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.*

relacionada con medicamentos y productos alimentarios, y es que no se puede invocar como causa de exoneración, apartado *e*) del párrafo 1: «Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permita apreciar la existencia del defecto». Se deduce de ello que la ley está reforzando la protección al consumidor cuando el producto que ha causado el daño sea un medicamento.

La segunda vía trae causa del contenido del artículo 5 de la Ley, que dispone que el perjudicado tenga que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad. Esta exigencia viene a complicar la reparación del daño y la satisfacción del perjudicado.

Se podría añadir la limitación establecida en la Ley en la Disposición Final primera que determina la inaplicación de determinados preceptos, en concreto los artículos 25 a 28 de la LGDCU, en los supuestos de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, señalados en el artículo 2 de la ley. No hay que olvidar que el artículo 28 establece un sistema de garantías especial más amplio que el de la Ley 22/1994. Y así se desprende de la STS de 20 de septiembre de 2006, en la que el actor sufre daños por una prótesis defectuosa que afirma:

«Ahora bien, ese sistema de responsabilidad discurre hacia los supuestos que contempla el artículo 27 de la Ley (se refiere a la LGDCU) desde la consideración de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, y culmina en el artículo 28 descargando la responsabilidad, que, aquí sí, jurisprudencialmente se ha calificado de objetiva pura en los supuestos que contempla (...) en el fabricante, el importador, el suministrador y el vendedor cuando el daño se origine pese al correcto uso y consumo de los bienes y servicios que, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Es decir, en estos casos la responsabilidad surge cuando se han desatendido las medidas de seguridad y los controles técnicos que garanticen las condiciones en que, en ese orden preventivo, los productos han de llegar al usuario, debiéndose precisar que en todo caso se encuentran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos farmacéuticos y los servicios sanitarios, entre otros. Interesa destacar, por último, que este sistema de responsabilidad, erigido en torno a un título de imputación cuasi objetivo en unos casos, y objetivo puro, en otros, descansa en el desplazamiento al fabricante, importador, vendedor o suministrador de los bienes y servicios de la carga de acreditar la culpa exclusiva del perjudicado o de las personas de las que deba responder, y, en su caso, el cumplimiento de las exigencias reglamentarias específicas de los bienes y servicios, así como la adopción de todos los cuidados que exige la naturaleza del producto, las medidas de seguridad y los controles técnicos que garanticen las condiciones en que debe llegar al consumidor el producto.

3. *En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo.*

La responsabilidad de la suministradora del producto ha sido declarada, una vez constatado que el daño sufrido por la demandada tuvo su causa en el deterioro de las prótesis por ella suministradas, por no haber logrado ésta acreditar la adopción de todos los cuidados, medidas y controles exigidos por la naturaleza del producto y que garanticen la seguridad e indemnidad del consumidor. Su responsabilidad deriva (...) de la falta de prueba de los hechos que habría de permitirle exonerarse de ella».

Aunque haya habido un deterioro de la prótesis, el fabricante es responsable porque no ha podido demostrar que el producto cumplía todas las medidas de seguridad necesarias, teniendo en cuenta que es un producto farmacéutico.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA

A tenor de lo dispuesto en la Directiva 85/374 (9), en la Ley 22/1994 (10) y en el Texto Refundido (11), es el perjudicado que pretende obtener la reparación del daño el que tiene que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.

En ocasiones es difícil para el perjudicado la obtención de la prueba. La STS de 21 de septiembre de 2007 absolvió a la demandada por considerar que no había prueba del defecto en el producto. La cuestión tratada en la sentencia trae causa del fallecimiento del padre de los demandantes por parada cardiorrespiratoria añadida a un posible fallo del funcionamiento del marcapasos, según el informe del forense ante la práctica de la autopsia. El Juzgado de Primera Instancia absuelve al fabricante del marcapasos, la Audiencia revoca la sentencia y condena, y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, casando y anulando la sentencia de la Audiencia y confirmando la de Primera Instancia.

Como afirma DÍAZ-AMBRONA, de los tres requisitos quizá el más difícil de probar es el correspondiente al defecto, que puede encubrirse con una acción u omisión culpable (12). En el supuesto que nos ocupa parece difícil probar el defecto de un producto tan específico como un marcapasos, al que se puede catalogar de producto sanitario siguiendo los principios establecidos en la Ley 26/2006, de 26 de diciembre, *de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios* (13).

(9) Artículo 4.

(10) Artículo 5.

(11) Artículo 139.

(12) DÍAZ-AMBRONA, M. D., «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 3.^a ed., 2006.

(13) El artículo 8, apartado i) de la citada ley, define al producto sanitario como *cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de:*

1. Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad. 2. Diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una defi-

En primer lugar, para demostrar el mal funcionamiento de un marcapasos, será preciso el análisis por un experto. En este caso, aunque el informe del médico forense que practica la autopsia dice que el fallo del marcapasos puede haber contribuido al fatídico final, la Sala no puede tenerlo en consideración porque dice expresamente declarando que:

«No puede considerarse que los actores han probado lo que les incumbe en base exclusiva al informe del forense ante la práctica de la autopsia, que indica como posible causa de la muerte un evento natural (parada cardiorrespiratoria), añadida a un posible fallo del funcionamiento del marcapasos. Es obvio que esta mera posibilidad no es ninguna prueba del defecto y de la relación de causalidad que guarda con el daño. Falta en este proceso una prueba pericial a cargo de los actores que hubiera permitido conocer dichos extremos».

Es cierto que el informe del forense que practicó la autopsia no afirma que el producto era defectuoso y por ello falló, por lo tanto no se puede decir con rotundidad que había un producto que era defectuoso, y que por el defecto se produjo el daño. Pone de manifiesto la falta de diligencia de los demandantes al no aportar una prueba pericial. Sin embargo, hay que preguntarse: ¿Hubiera sido posible realizar un informe correcto del producto tras el fallecimiento de la víctima? El tema se presenta cuanto menos dudoso.

Cuando se trata de productos que han desaparecido, la prueba del defecto es prácticamente imposible, los casos más típicos analizados por la jurisprudencia son la explosión de una bombona de gas o la de una botella de vidrio. Para solucionar este impedimento, la jurisprudencia ha venido utilizando lo que podríamos denominar «la prueba de presunciones» (14). En este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 1998, en su Fundamento Segundo señala los requisitos necesarios para poder ser aplicada:

«...Toda presunción judicial exige tres requisitos esenciales, como son: a) Una premisa esencial para el hecho demostrado; b) Una consecuencia que se presume, como es el hecho que se trata de deducir; c) El nexo entre ambos elementos con arreglo a las normas del criterio humano».

III. CONCLUSIONES

Es cierto que en la responsabilidad derivada de un daño causado por un producto defectuoso la normativa ha avanzado en las últimas décadas. Ahora bien, no es menos cierto que la Ley 22/1994 es muy precisa en cuanto a la responsabilidad, el mandato al perjudicado de demostrar que había un defecto en el producto utilizado y que debido a ese defecto se ha causado un daño, pudiendo exonerarse el fabricante, siempre que concurran los requisitos señalados en la Ley, dificulta la posibilidad de resarcimiento del perjudicado. Si a eso le unimos la inaplicación por mandato de la propia ley de los artícu-

ciencia. 3. Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico. 4. Regulación de la concepción.

(14) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha contemplado, en el artículo 386, las denominadas presunciones judiciales.

los 25 a 28 de la LGDCU, el panorama se pone sombrío para el consumidor. Ha sido más favorable para el consumidor la aplicación de la LGDCU que la de productos defectuosos, y así se desprende de la jurisprudencia dictada sobre el tema.

El Texto Refundido mitiga en cierto modo esta circunstancia. Y digo en cierto modo porque a pesar de que transcribe literalmente casi todos los preceptos de la Ley 22/1994, añade un régimen especial de responsabilidad similar al establecido en el artículo 28 de la derogada LGDCU, pero con una omisión, se excluye a los productos farmacéuticos, por lo que, en el caso señalado anteriormente del marcapasos, aun con la aplicación de la nueva redacción de la LGDCU, el resultado hubiera sido similar.

Además, en determinados productos es difícil incluso aplicar el sistema de presunciones como se ha visto, siendo más viable en aquellos supuestos en los que el producto ha desaparecido porque se presume que el defecto ha provocado el siniestro, y éste a su vez el daño. Pero en aquellos otros, en los que el defecto no es de diseño y por lo tanto puede ocurrir en un solo producto de la serie, la cuestión se plantea complicada porque, volviendo al marcapasos, ¿se puede garantizar *a priori* el correcto y exacto funcionamiento del producto en el tiempo?

BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Derecho Civil Comunitario*, coord.: DÍAZ-AMBRONA, 2.^a ed., 2004, págs. 383-408.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3.^a ed., 2007.
- PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 3.^a ed., 2006, págs. 1425-1517.
- PÉREZ CASTAÑO, «La carga de la prueba en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos», en *Noticias Jurídicas*, 2002.

RESUMEN

DAÑOS. PRODUCTOS DEFECTUOSOS

A tenor de lo establecido en la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, el usuario que pretenda obtener la reparación del daño causado por un producto que sea defectuoso, será quien tendrá que probar que, efectivamente, había un defecto, además de la relación de causalidad entre el

ABSTRACT

DAMAGES. DEFECTIVE PRODUCTS

Under Act 22/1994 on civil liability for damages caused by defective products, a user endeavouring to obtain reparation for damages caused by a product that is defective will be the person who must prove that there actually was a defect, in addition to the cause/effect relationship between the product and the damage. Sometimes proving the defect is rendered unfeasi-

producto y el daño. En ocasiones la prueba del defecto se hace inviable o imposible, bien porque el propio producto ha desaparecido o por la complejidad del mismo. Aunque se ha intentado paliar esta dificultad de prueba sobre la base de las presunciones, en muchos supuestos tampoco se pueden aplicar, provocando en el consumidor una cierta indefensión. La entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias no ha supuesto ningún cambio en la materia.

ble or impossible, either because the product itself has disappeared or because of the complexity of the product. Although attempts have been made to palliate this difficulty of proof on the basis of presumptions, in many cases the presumptions cannot be applied either, resulting in a certain defencelessness for the consumer. The entry in force of Royal Legislative Decree 1/2007 of 16 November approving the Revised General Act for consumer and user defence and other complementary laws has not made for any changes in the matter.

2. MERCANTIL

«RETRIBUCIÓN EXTRAESTATUTARIA» Y «TORPE» DE UN CONSEJERO DELEGADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE OCTUBRE DE 2006

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum»
(Azón, Brocardia, rúbrica 10, fol. 34)*

I. LOS HECHOS Y EL FALLO DE LA SENTENCIA

Según el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006/6710), el objeto del proceso debatido en la misma versó sobre la eficacia de un acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad en el que «se concede al Consejero Delegado señor don Diego, para sí y para sus herederos, una comisión de cartera del 2 por 100 [reducido por renuncia del interesado al 1 por 100], por el total de las cuotas que se cobren anualmente, deducidos los ocho primeros millones». Por el señor Diego se cedió el derecho a los herederos, dos de los cuales formulan demanda reclamando el abono de las cuotas dejadas de pagar. Por su parte la sociedad, cuyo Consejo de Administración revocó el acuerdo anterior, formuló también demanda solicitando el reintegro de las cuotas abonadas.

Para el rechazo de la pretensión del apelante beneficiario de dicha comisión, la Resolución de la Audiencia Provincial (sentencia de 8 de febrero de 1999 [AC 1999/399]), se basa en que el establecimiento de la comisión en el Acuerdo del Consejo de Administración de 1964 no obedece a un cuasi-contrato, como se alega en la demanda, sino a un negocio jurídico «en virtud del cual el Consejo de Administración de la entidad Sanitas, S. A., acuerda, libre y voluntariamente, el establecimiento del pago de una determinada cantidad a favor del causante de los actuales demandantes, pero el motivo y causa de dicho establecimiento de esta retribución no es explicitado en el referido Acuerdo, aunque cabe deducir cuál es el motivo del mismo atendiendo a la condición que expresamente se establece en el Acuerdo de que la persona a cuyo favor se pacta, la comisión ostenta la condición de Consejero Delegado de la Sociedad, por lo que el establecimiento de dicho pacto no puede sino valorarse como retribución de las funciones de dicho consejero; por otra parte, el que se mencione en el Acuerdo que se trata de una comisión de cartera no implica en absoluto que nos encontremos ante la retribución de un agente de seguros, puesto que la persona a cuyo favor se establece la comisión nunca ostentó la condición de agente de la entidad Sanitas, S. A., y por tanto no puede ser retribución en dicho concepto». Y con base en lo expuesto, se aplica el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, vigente en el momento de adopción del acuerdo, que exige que la retribución de los administradores se halle prevista en los Estatutos, lo

que en el caso no ocurre, por lo que se considera que el acuerdo es contrario a la Ley.

Por otro lado, para rechazar la pretensión de Sanitas, S. A., la resolución recurrida se basa en que no se ejercitó la acción de nulidad, al no formularse la petición en tal sentido, y sin tal soporte no resulta posible examinar las pretensiones ejercitadas en su demanda.

En el primer motivo del recurso de casación del beneficiario de la comisión se alega infracción del artículo 1.249 del Código Civil porque no se ha acreditado que las comisiones se acordaran en su condición de Consejero, ni que tal comisión revista la característica de retribución de las previstas en el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Tribunal Supremo rechazó este primer motivo pues, si bien: «...La sentencia recurrida considera que la comisión —en realidad pensión o renta— se estableció como retribución a la condición de Consejero Delegado. Tal apreciación puede ser desacertada, por lo que cabría su impugnación desde las perspectivas de la interpretación, o valoración de la prueba, o argumentación equivocada del juzgador con ocasión de efectuar deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia, que posibilitan juicios hipotéticos, o conclusiones razonables en un orden normal de las cosas, pero que no constituyen presunciones porque no tienen la naturaleza de éstas (sentencias, entre otras, de 5 de julio de 2004 [RJ 2004, 4996], 25 de abril [RJ 2005, 3756] y 19 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 295]), pero en modo alguno es impugnable con base en el artículo 74 LSA/1951, porque este precepto sólo establece la prohibición de la retribución de los administradores cuando ésta no se encuentre prevista en los Estatutos, sin que quepa cuestionar a través del mismo quién tiene o no tiene la condición de administrador y si la retribución respondió o no a tal concepto. Sólo cabría estimar la aplicación indebida del precepto si previamente se modifica el presupuesto relativo a que la fijación de la comisión no obedeció al concepto de retribución por la condición de administrador societario».

El segundo motivo de casación, en el que se denuncia la infracción de los artículos 1.277, 1.281, 1.282 y 1.283 del Código Civil, es igualmente desestimado por el Tribunal Supremo en base a la interpretación que el Alto Tribunal realiza del referido acuerdo del Consejo de Administración de 1964 al decir lo siguiente:

«Si detenemos la atención en el contenido del acuerdo se aprecian dos aspectos de interés: uno, que la concesión se hace al Consejero-Delegado, Doctor don Diego, para sí y para sus herederos, y otro que la concesión se define como comisión de cartera que fijada en un 2 por 100 se redujo a un 1 por 100 por renuncia del señor Diego, por cuya voluntad el devengo no se inició hasta el año 1964, en lugar desde el año 1961. Resulta claro que no se expresa que se trate de una retribución por la administración societaria, lo que no parece, por lo demás ilógico, habida cuenta la atribución también a favor de los herederos. Por otro lado, resulta incontrovertible que la verdadera razón de la asignación dineraria no era una comisión de cartera porque el señor Diego no era agente, ni llevó a cabo ninguna actividad que pudiera generar comisiones».

En virtud de lo anterior, deduce el Tribunal Supremo lo siguiente: «a) la exteriorización de una causa falsa, comisión de cartera; b) la inconsistencia de los planteamientos de los demandantes, primero un cuasicontrato; ahora en casación un negocio jurídico de abstracción procesal, en relación con unas circunstancias excesivamente ambiguas y etéreas para poder justificar una asigna-

ción económica absolutamente desmesurada; y c) que la mera consideración de una retribución por administración no resulta suficiente para explicar la concesión más allá de la duración de la actividad como administrador, y singularmente a favor de los herederos. Todo ello, unido a la poderosa influencia del señor Diego hasta que se produjo la entrada en el Consejo de Administración en el año 1988 de una sociedad que había comprado un número importante de acciones, fundamenta la apreciación de que el Acuerdo respondió a una doble finalidad: burlar la prohibición legal del artículo 74 LSA/1951 (RCL 1951, 811, 945), y blindar una percepción económica para el futuro, no sólo para el propio señor Diego, sino también a sus herederos, que, cabría entender, podría perdurar hasta dos generaciones después de fallecido aquél (aplicación analógica de los arts. 781 y 785.3.º del CC). Pues bien, ambas finalidades son ilícitas, la primera por ilegal, fraude de ley, y la segunda, dadas las circunstancias de la cantidad y tiempo, por contraria a la moral, pues los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura.

Por consiguiente, nos encontramos ante un supuesto claramente incardinado en la causa ilícita, que el ordenamiento jurídico sanciona con la nulidad. El artículo 1.275 del Código Civil dispone que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, y es ilícita la causa cuando se opone a las Leyes o a la moral, y el artículo 1.306 del Código Civil regula los efectos de la nulidad del negocio celebrado con causa ilícita torpe cuando no constituye delito ni falta, diciendo: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando está de parte de un solo contratante, no podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. En el caso estimamos aplicable la regla primera, al menos en cuanto a la primera de las ilicitudes, la cual resulta de apreciación suficiente a los efectos del proceso, y excursa de más discurso judicial».

Por último, y en relación con el motivo del recurso de casación de Sanitas, S. A., vuelve a desestimarse por el Tribunal Supremo de la siguiente forma: «El motivo se desestima por no haberse formulado de modo expreso, claro y preciso, la petición de declaración de nulidad del Acuerdo del Consejo de Administración de 21 de diciembre de 1964, la cual no cabe entenderse formulada implícitamente, tal y como se razona en las dos sentencias de instancia».

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo rechaza ambos recursos de casación y confirma la sentencia de apelación, en virtud de la cual se declaraba que los herederos carecían de derecho para reclamar las cuotas dejadas de pagar, ya que el acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad era nulo por vulnerar el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (actual art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989), y se declara igualmente que la sociedad no tenía derecho a reclamar las cantidades derivadas de dicho acuerdo nulo, puesto que no había ejercitado expresamente la acción de nulidad contra el meritado acuerdo del Consejo de Administración de 1964.

II. DE LA FIJACIÓN ESTATUTARIA DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

La primera cuestión de interés que precisa ser analizada en el enjuiciamiento de la sentencia de instancia y de apelación consistente en aseverar que la remuneración de un consejero delegado ha de venir necesariamente establecida en los estatutos sociales de la compañía, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, artículo 130 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (1), si bien es cierto que el Tribunal Supremo rechaza la calificación de que el acuerdo del Consejo de Administración estableciera una auténtica retribución a su perceptor en función de su cargo de consejero delegado, no contradice dicha calificación al no haber sido impugnada por la misma por la parte recurrente en casación, argumentando una interpretación ilógica e irracional del acuerdo realizada en la instancia. Ello supone que dicha calificación retributiva y la consiguiente nulidad de la misma decretada por el juzgador de instancia y la sala de apelación, tuvieran una importante repercusión en el litigio resuelto por la referida sentencia del Tribunal Supremo.

Una primera aproximación a la problemática apuntada ha de hacerse desde la perspectiva de la conocida «Teoría del vínculo», así como de la diferenciación entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos.

Sin ánimo de realizar un exhaustivo análisis de la citada «Teoría del vínculo», al no ser éste nuestro cometido en el presente trabajo, sí que puede sentarse como doctrina general jurisprudencial la incompatibilidad en el desempeño del cargo de consejeros delegados con el cargo de director general. Uno de sus últimos exponentes más claros es la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4132) que sienta la ineficacia de la retribución fijada por un Consejo de Administración a favor de consejero delegado concertando al efecto un contrato de alta dirección, puesto que supone una infracción del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas que exige, como hemos apuntado, que la retribución de los consejeros ha de venir establecida en los estatutos sociales de la compañía.

En este sentido, se pronuncia dicha sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005, al decir que: «...La jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, aplicable al tiempo del hecho y la demanda, distingue al personal de alta dirección de los miembros del órgano de administración de la empresa en atención a las notas de ajenidad y dependencia, cuando interpreta el artículo 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) ("los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal"). Así se declara en las sentencias de 30 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6433). Y también estima que la distinción entre un miembro del órgano de administración de una sociedad y alto directivo viene dada por la naturaleza del vínculo que le une con la compañía y no por la actividad desplegada que puede ser de gran analogía si el alto cargo está provisto de altos poderes (sentencia de 18 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 9035]). La similitud de las actividades que desarrolla un consejero y alto directivo se pone

(1) Para una mayor extensión sobre este problema, vid., por todos, Cándido PAZ-ARES, en Conferencia de 8 de febrero de 2007, organizada por la Academia Matritense del Notariado: *Consejeros ejecutivos ¿Quién establece la retribución?*, disponible en www.elnotario.com

de relieve en la sentencia de la referida Sala de 7 de abril de 1992: la existencia de la relación laboral de carácter especial no viene determinada por el hecho de las funciones desempeñadas, sino por la naturaleza del vínculo que lo une con la sociedad, de tal manera que la relación será ajena al ámbito del derecho del trabajo en todos aquellos supuestos en que el desempeño de las tareas responda a ostentar la condición de administrador de la sociedad, la relación entre éste y la sociedad es de carácter interno (sentencias de 29 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7143] y 13 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3906]).

No existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta "algo más". Pero, aún existiendo "algo más", para llegar a una actividad laboral se requiere ajenidad. Cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia, que, en consecuencia, se considerarán mercantiles (...).

La naturaleza del vínculo que une al consejero con la sociedad es mercantil, no pudiendo serle aplicables pactos procedentes de un contrato de alta dirección anterior, rigiéndose por las normas imperativas contenidas en los artículos 130 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206). Es contrario al artículo 130 convenir una indemnización a favor del consejero para el supuesto de que sea cesado (sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10570]). Es decir, el demandante, por voluntad propia al firmar el contrato, consintió su integración en el órgano de dirección y de representación de la sociedad, por lo que ha de aplicarse necesariamente la normativa de este tipo de personas jurídicas, que no puede quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales. Y no puede alcanzar eficacia por la indeterminada remisión que en el presente caso se hace al Consejo de Administración en los estatutos de la sociedad demandada (...).

Si bien las anteriores manifestaciones vertidas por la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005, pueden considerarse como la línea general de la conocida como «Doctrina del vínculo», no es menos cierto que los tribunales han venido realizando alguna excepción a dicha incompatibilidad cuando si se desempeña además del cargo de consejero delegado, el de director gerente, porque así expresamente se hubiese establecido en los estatutos sociales. Defendiéndose la coexistencia de la relación mercantil y laboral en aquellos casos en que los cargos y funciones vengán diferenciados en los estatutos sociales, como establecen —por ejemplo— la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 1991 y la de 27 de enero de 1992.

Así la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 1991, se pronuncia del siguiente modo: «(...) cuando se ejercen funciones de esta clase, la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que, en definitiva, se actúan directamente o mediante delegación interna la relación no será laboral.

Pero lo anterior no impide que las normas que regulan la administración social puedan configurar puestos directivos diferenciados de los órganos de administración social en sentido estricto, y esto es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso a la vista de los preceptos de los Estatutos de la empresa demandada, en los que la Dirección General se establece como órgano distinto

del Consejo de Administración y subordinado a éste, sin que ninguna regla de incompatibilidad impida la designación para este puesto de un miembro del Consejo. De ahí que las actuaciones del actor como Consejero Delegado y Director General puedan aquí diferenciarse y aplicarse a la segunda la calificación de alta dirección a efectos de su inclusión en la relación laboral especial que contempla el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, posibilidad que admiten las sentencias de 25 de julio de 1989 y 25 de octubre de 1990. Esta distinción entre administración social y dirección ha sido además la práctica normal de la empresa, pues no sólo se ha reconocido al actor su condición laboral en atención al cargo de Director General, sino que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en su informe, tras su cese y la reforma estatutaria mencionada, se ha designado un nuevo Director General pese a contar la sociedad con un Administrador único. Debe, por tanto, aceptarse el carácter laboral del vínculo del actor con la empresa respecto al desempeño de las funciones de Director General y la competencia del orden social para reconocer de la pretensión deducida en la demanda».

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1992, estableció que: *«(...) las funciones de alta dirección son las mismas, en principio que las de Consejero Delegado; otra cosa sería, si como se planteaba en la sentencia de esta Sala de 13-5-1991, el actor hubiera desempeñado además el cargo de Consejero Delegado, el de Director Gerente, porque expresamente se hubiera establecido por la Administración Social, como órgano distinto del Consejo de Administración y subordinado a éste su último cargo, nombrándose para el mismo, a quien era Consejero Delegado, supuesto, que en el caso de autos no concurre, ya que de las actuaciones no resulta aquello; el hecho de que figurase afiliado a la Seguridad Social con la categoría de Director Gerente, hasta pocos días después de su cese como Consejero Delegado en que se le dio de baja no es óbice, para lo antes dicho, la Sala reiteradamente ya tiene declarado que dicha circunstancia no es determinante de la calificación de la relación jurídica entre los litigantes».*

En nuestra opinión, resulta conveniente realizar una redefinición de los postulados de la anterior doctrina en base a la distinción entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos, entendiendo por consejeros ejecutivos aquellos que además de realizar la función de supervisión propia de cada consejero, tienen encomendada la función de la gestión ordinaria de la sociedad, coincidiendo con el profesor PAZ-ARES (2) en que: *«...el artículo 130 LSA no se aplica a la retribución de la función ejecutiva que se haya encomendado a un consejero, sino solamente a la función de supervisión. La retribución de la función ejecutiva, como parte de la delegación de facultades, se ubica en el artículo 141 LSA»*, en contra del parecer general de la doctrina mercantilista que considera que toda retribución de administrador está sujeta a las previsiones de constancia estatutaria de acuerdo con lo establecido en el mencionado artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, aduciendo generalmente que una posición contraria vulneraría las normas del Estatuto de los Trabajadores, vulneraría de forma fraudulenta el espíritu del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas al cercenar la competencia de la Junta General consistente en la fijación de dicha retribución y por la existencia de un conflicto de interés existente en que sea el Consejo de Administración quien fije la retribución del consejero delegado.

(2) Vid., *op. cit.*

Resulta claro que de los sistemas de administración societarias permitidos por nuestro Derecho de Sociedades (administrador único, administradores solidarios o mancomunados y Consejo de Administración), los tres primeros están integrados por consejeros ejecutivos, mientras que los miembros de un Consejo de Administración ejercen la función política o de supervisión social, y sólo ejercen la propia labor de gestión cuando así se le encomienda por el propio Consejo de Administración.

Pues bien, partiendo de la referida definición de consejeros ejecutivos, coincidimos igualmente con PAZ-ARES (3) al afirmar que lo que realmente excluye el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores no es la actividad de gestión que puede desempeñar cualquier consejero, sino solamente a «*la actividad que se delimite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración*», pudiendo por tanto dicha actividad ser regulada por una relación mercantil o laboral de alta dirección, independiente o coexistente con la relación orgánica, siendo por tanto el Consejo quien puede fijar la remuneración de dicha actividad de gestión, con la conocida excepción de que la misma consista en planes de *stock options* o supuestos asimilados, donde la competencia reside ineludiblemente en la Junta General para fijar los límites del sistema retributivo, según el párrafo segundo del propio artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque la competencia última para decidir si se otorga a un consejero una retribución de tales características vuelve a recaer en el Consejo de Administración. Mientras que los argumentos del fraude y conflicto de interés, consideramos también junto con el citado autor, que han de combatirse con los mecanismos societarios previstos al efecto, como sería la concreción positiva del deber de lealtad establecido en el artículo 127.ter de la Ley de Sociedades Anónimas.

En suma, como expone PAZ-ARES (4): «...*No tiene sentido, en efecto, que la retribución de la actividad de gestión que pueda desarrollar un consejero ejecutivo en virtud de la delegación de facultades adoptada por el propio Consejo haya de estar predeterminada por los Estatutos o por la Junta, y ello por varias razones: i) porque la delegación orgánica o contractual de facultades no es un acto necesario del Consejo, sino facultativo; ii) por la delegación de facultades puede hacerse con un alcance mayor o menor; y iii) porque las condiciones de desempeño de las facultades delegadas —nivel de dedicación, ámbito del deber de no competencia, etc.— son fijadas por el propio Consejo de Administración*».

Expuestas las consideraciones anteriores, no podemos más que disentir del criterio adoptado por la sentencia de instancia y de apelación, que no pudo ser desvirtuada en la casación comentada, consistente en la obligación de que toda retribución de administradores haya de venir fijada estatutariamente, ya que dicho criterio no obedece a la propia razón de ser la diferencia entre la dualidad de funciones de un administrador, la función supervisora o política y la función de gestión ordinaria de la vida social, máxime si nos atenemos a que la relación orgánica analizada en la meritada sentencia del Tribunal Supremo era la de un consejero delegado, quien ha de poder recibir una remuneración distinta a la de su propio cargo de administrador (función política) por el concepto, derivada de la propia delegación de funciones arbitrada por el Consejo de Administración en cuestión (función de gestión), lo que implica una justa retribución por la llevanza a cabo del objeto de la delegación realizada, aunque

(3) Vid., *op. cit.*

(4) Vid., *op. cit.*

tal postura siga siendo contraria a pronunciamientos jurisprudenciales existentes sobre cuestiones análogas a la analizada.

II. DE LA NULIDAD DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Como hemos podido ver la nulidad del acuerdo del Consejo de Administración que en la presente casación fue objeto de controversia, se decretó por la sentencia de instancia y por la de apelación como consecuencia de la vulneración de la norma imperativa contenida en el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (actual art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas), motivo de nulidad sobre el que ya hemos expresado nuestro desacuerdo en el apartado anterior del presente trabajo, por las razones expuestas en el mismo.

Con las premisas anteriores, conviene establecer *a priori* un apunte de Derecho Transitorio debido a la fecha del acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad cuya nulidad se discutió en esta casación, esto es, 1964. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997 (*RJ* 1997/6347), que versaba sobre la impugnación de un acuerdo del Consejo de Administración adoptado en 1988, por el cual el Director-Gerente (5) de la sociedad obtenía una situación de privilegio y blindaje económico para el caso de despido o resolución de su contrato estableció al respecto: «...A tales efectos la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil es bien expresiva, ya que declara que tanto los derechos (Disposición Transitoria primera) como las acciones nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconocen las legislaciones precedentes. Ahora bien, su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer se sujetará a lo dispuesto en el Código, es decir, a lo que se establezca en el nuevo derecho instaurado, con lo cual la aplicación de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (RCL 1951/811, 945 y NDL 28531) no presenta duda

(5) En cuanto a la naturaleza del Director-Gerente, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA afirman lo siguiente: «...Señalemos, no obstante, que el hecho de que los gerentes o directores generales desarrollen normalmente tareas o funciones propias de la gestión o representación de la sociedad, no parece suficiente para entender que estamos ante un órgano social en sentido propio [la sociedad sólo puede tener —como se desprende del art. 9.h) de la Ley— un órgano de administración], sino ante altos cargos, sometidos como tales a la relación especial de trabajo del personal de alta dirección regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (vid. sin embargo, la STS de 20 de octubre de 1988) —que considera al Director Gerente como órgano de administración cuando el cargo se halle previsto y regulado en los estatutos—, así como SSTS de 29 de octubre de 2001 —extendiendo al director general la doctrina del “factor notorio”—, de 26 de abril de 2002 y de 27 de marzo de 2003. A diferencia de los administradores, que ejercitan las funciones y la representación legalmente atribuidas al órgano de administración (funciones orgánicas), los altos cargos son, en su caso, meros apoderados generales que reciben sus poderes de gestión y representación de un acto negocial y voluntario (apoderamiento), que puede tener muy diverso alcance (a este respecto, vid. Resoluciones de la DGRN de 12 de abril de 2002 y de 27 de febrero de 2003). Se discute, sin embargo, la posibilidad de que una misma persona reúna al tiempo la doble condición de administrador y de alto directivo (vid. SSTs de 9 de mayo de 2001, de 27 de marzo de 2003 y —especialmente— de 21 de abril de 2005, que con carácter general rechaza esta acumulación de relaciones)», Rodrigo URÍA-Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2006, pág. 987.

alguna, no rigiendo, en cuanto atañe a la esencialidad del debate procesal, la nueva Ley de 22 de diciembre 1989 (RCL 1989/2607 y RCL 1989/1851), vigente desde el 1 de enero de 1990, ya que una cosa es el derecho en sí, que se mantiene y conserva, y otra es su ejercicio, que se adapta y actualiza, atemperándose a la normativa vigente de condición adjetiva, como dice la sentencia de 8 de noviembre 1995 (RJ 1995/8113)... pero en todo caso resulta improcedente la pretendida aplicación del artículo 143 de la Ley de 1989, en razón a la fecha cronológica en que se tomó el acuerdo, del que surge la acción para la procura de su impugnación e ineficacia, con lo que queda sometido de forma generalizada a la disciplina del artículo 79 de la Ley de 1951, que contempla el ejercicio del cargo de administrador con abuso de facultades o malicia, incluyéndose el proceder desleal, causante de daños» (6).

Hasta ahora la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997, nos sienta dos claras premisas aplicables a la sentencia objeto del presente análisis: i) la normativa derogada compuesta por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 es la rectora del caso analizado en función de la fecha del acuerdo del Consejo de Administración, esto es, 1964; y ii) es la disciplina del artículo 79 de la Ley de 1951, reguladora de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima la que ha de tenerse en cuenta para valorar y enjuiciar el supuesto de hecho. Esta última conclusión, extraída de un pleito dirimido por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 1997, en que analizaba la procedencia desleal del Consejo de Administración en el blindaje del director-gerente, lo consideramos análogo al acuerdo de la sentencia del Tribunal Supremo de 2006, objeto de este trabajo, puesto que, en suma, en ambas lo que realmente trasciende es el enjuiciamiento del deber de lealtad de los administradores.

(6) Estamos de acuerdo con la aplicación y resultado del Derecho Transitorio que realiza el Tribunal Supremo en la presente sentencia, incluso para la problemática derivada de la prescripción y caducidad (posteriormente tratadas) a los efectos de considerar el momento de comienzo de la prescripción como criterio decisivo en cuanto a la transitoriedad de las normas sobre la misma. En este sentido, Díez-PICAZO, al comentar el artículo 1.939 del Código Civil se expresa diciendo que: *«La regla central es que la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se rige por la Ley vigente en el momento en que el fenómeno de prescripción comenzó a producirse. Se deduce de ello que la ley nueva no se aplica, en línea de principio, a las prescripciones que se encontraran en curso bajo el imperio de la legislación anterior»*, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 2094. De igual forma, Fernando, al comentar la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil se pronuncia del siguiente tenor: *«...del primer inciso del artículo 1.939 del Código Civil se sigue que el momento decisivo para resolver la cuestión relativa al derecho transitorio en materia prescriptiva es aquél en el cual comienza a correr el plazo de prescripción. La prescripción comenzada antes de la publicación del Código se rige por las Leyes anteriores y la prescripción comenzada después por las posteriores...»*, en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXV, Vol. 2, Edersa, 1994. De igual forma, Fernando REGLERO CAMPOS critica —en nuestra opinión con acierto— la postura de A. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, quien sostiene (igualmente al comentar la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil) que: *«...los plazos (y condiciones) de la prescripción, como en su caso, los de la caducidad (recuérdese que también se trata de acciones), están sujetos en cada caso y momento al derecho objetivo imperante en el tiempo en que el derecho subjetivo (o la acción) se trata de ejercitar, que es, a la vez, el tiempo en que la prescripción o caducidad, como excepciones se hacen valer»*, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, pág. 2204.

Esta conclusión enlaza y concuerda con la que hemos mantenido en el apartado anterior de este trabajo, a saber, que la valoración acerca de la retribución de los administradores por sus labores de gestión fijada por el Consejo de Administración ha de procederse conforme a los niveles de diligencia y proceder leal exigidos legalmente (art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y 127.ter de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989).

Pero la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997, al continuar enjuiciando el caso citado, se pronuncia también —proporcionándonos nuevos elementos de debate para el caso aquí tratado, del siguiente tenor literal: «...*No se trata de propio y claro supuesto de nulidad absoluta, previsto en el artículo 6.3 del Código Civil —aplicable también al Derecho Societario (sentencia de 27 de diciembre 1993 [RJ 1993/10152]—, pues el acuerdo litigioso cabía la posibilidad de ser convalidado u obtener confirmación de la Junta, debidamente constituida para poder decidir su validez y, al no resultar aplicable el artículo 68 de la Ley de 17 julio de 1951, ha de tenerse en cuenta el plazo general de caducidad de cuatro años que fija el artículo 1.301 del Código Civil, en relación al 943 del Código de Comercio, plazo que no había transcurrido al tiempo de interponerse la demanda, ya que, a mayores razones, al no ser de aplicación el artículo de la legislación vigente, tampoco juega la remisión que se hace en su párrafo último sobre plazos para impugnar acuerdos de la Junta General*».

En suma y al hilo de lo anterior, el debate también ha de presentarse en términos de nulidad absoluta vs. anulabilidad, tanto en términos del Derecho Común aplicable a los negocios jurídicos en general como del Derecho Societario, al calificar el supuesto de invalidez del acuerdo del Consejo de Administración de 1964, con las importantes consecuencias que ello conlleva.

Por otro lado, sí coincidimos —con los datos que nos ofrece la sentencia— con el Alto Tribunal que el presente supuesto no se trataba de una remuneración por las funciones políticas desempeñadas por el consejero delegado, ni creemos tampoco que por las funciones de gestión que ejecutara el mismo, ya que la denominada «retribución» se designó para el consejero delegado y para sus herederos, extremo este último que revela claramente lo inapropiado de tal calificación remuneratoria. Tampoco puede mantenerse que la misma fuese una «comisión de cartera», como realmente se la denominó en el acuerdo, puesto que como quedó probado ni el consejero delegado era agente ni ejecutó actividades que pudieran dar lugar a dicha comisión de cartera. Además en el recurso de casación se fundamentó el citado acuerdo del Consejo de Administración en «*la concurrencia de las diversas condiciones personales que reunía don Diego como auténtico promotor y fundador de la compañía y auténtico elemento esencial en el desarrollo de la misma en el transcurso de los años, así como por su excelencia empresarial y profesional, circunstancias generadoras, directa o indirectamente, de beneficios para la sociedad, que las premia el Consejo de Administración de la entidad y las ratifica sucesiva y durante años la Junta General*». A lo anterior, hay que unir que el Tribunal Supremo calificó a la «retribución» como una «*asignación económica absolutamente desmesurada*».

Descartada, a nuestro juicio, la calificación de retribución inherente al cargo de administrador o por funciones expresamente encomendadas de la asignación económica adoptada en el Consejo de Administración de 1964, resulta necesario primero atender a la naturaleza jurídica y causa de dicha asignación para predicar del mismo la consecuencia jurídica sobre el carácter de invalidez de la misma, a saber, nulidad o anulabilidad, debiéndose realizar

dicho análisis desde el prisma del negocio jurídico, en función a la pacífica consideración de tal carácter respecto de los acuerdos sociales.

En este sentido, la expresión en el acuerdo de que la causa del mismo fue debido a una «comisión de cartería» y probada la inexistencia de los presupuestos para el devengo de la citada «comisión de cartería», nos conduce a opinar que en el mismo se realizó una expresión de causa falsa, tal y como también considera la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006.

De acuerdo con el profesor DE CASTRO (7): «*El Código Civil ha venido, en cambio, a distinguir dos figuras: 1.ª La expresión de una causa falsa en el contrato; falsedad que se contrapone a la causa verdadera (art. 1.276). Este supuesto es aquel en el que esa causa falsa se ha considerado sinónimo de simulación...*», así es de aplicación el artículo 1.276 del Código Civil y la doctrina del mismo, quien ha de comenzar a ofrecernos los elementos de juicio para el análisis del presente caso. En este sentido, el artículo 1.276 del Código Civil prevé que «*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*», entendiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que «*La simulación relativa no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta es sólo un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado, la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes, con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez*» (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1958).

Por ello, si el negocio externo de «comisión de cartería» sí que puede considerarse nulo (a la vista de los datos que ofrece la sentencia), habría que analizar si el negocio interno de dicha simulación relativa gozaba de una causa lícita para afirmar o no la validez del mismo. Pues bien, dicha asignación económica (no siendo una verdadera retribución, ni una comisión de cartería), parece apuntar al concepto de donación remuneratoria, *ex* artículo 619 del Código Civil, como parece también afirmar la sentencia, al estipularse la misma a favor también de los herederos del inicial preceptor, lo cual no encajaría dentro del concepto de prestación de servicios, por el ánimo de liberalidad apreciable en la misma recogido también —a nuestro juicio— en la justificación o sentido subjetivo de su causa que se realiza por la parte en su motivo de casación, al afirmar que la misma consiste en un premio del Consejo de Administración en atención a las labores del recipiente.

En relación con dicho extremo, la sentencia afirma la nulidad de la asignación por burlar la prohibición del artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, consecuencia que no compartimos, ya que la propia Sala admite que no es una retribución de administrador, aunque consideramos que extrae dicha afirmación del motivo del fallo de instancia y de apelación que contrariamente a lo considerado por el Tribunal Supremo así la califican, calificación jurídica no desvirtuada mediante la impugnación de la valoración probatoria realizada en instancia. En nuestra opinión, no se produce la aducida *circunventio legis*, ya que aún afirmándose la naturaleza de la asignación como retribución del consejo de delegado, la misma no habría de constar necesariamente en esta-

(7) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, reimpresión, 1997, pág. 242.

tutos, ya que de las afirmaciones recogidas puede extraerse que la misma, en todo caso, sería calificada como retribución por las funciones de gestión del consejero delegado. En segundo lugar, de considerarse que la causa de la misma atiende a un *animus donandi* de carácter remuneratorio, su ilicitud no podría predicarse (*ex art.* 1.275 del Código Civil) por una oposición a las Leyes, ya que ninguna norma positiva impediría *a priori* la constitución de la posible donación remuneratoria, debiendo entonces enjuiciarse su validez o no términos de oponibilidad a la moral o buenas costumbres.

En relación con esta problemática relativa a la moralidad o no del negocio, DE CASTRO (8) afirmaba con gran acierto lo siguiente: «*Las buenas costumbres hacen referencia a la moral y, a la vez, a la consideración social, según aquella, de las conductas. Se trata de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. De aquí que el estigma de causa opuesta a la moral, o contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por immoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico... Todo lo dicho confirmará lo antes indicado, que la apreciación de la inmoralidad de la causa de un negocio supone encomendar a los jueces una tarea de gran delicadeza, para cuyo desempeño se requiere especial sensibilidad respecto a lo deseable y posible socialmente. Aplicación de los principios generales, aunque de otro contenido y de funcionamiento semejante al de los designados con el nombre de orden público*».

A la difícil realización del juicio acerca de la moralidad de la causa que ha de realizarse [en palabras de DÍEZ-PICAZO (9), «*En épocas como la nuestra de moral muy cambiante, este enjuiciamiento será difícil de hacer...*»], ha de añadirse por lo demás lo previsto en el artículo 1.277 del Código Civil, que prevé lo siguiente: «*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*». De esta forma, cabe recordar que según tiene establecido la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 1996 (RJ 1996/5566): «*Es reiterada la doctrina de esta Sala (sentencia de 4 de febrero 1995 [RJ 1995, 739] y las numerosas citadas en ella) la de que la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa está atribuida al Tribunal a quo, por ser de naturaleza fáctica, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida inviolable en casación, a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio impugnatorio adecuado para ello, que actualmente (una vez suprimido el antiguo ordinal cuarto, que viabilizaba la denuncia del error de derecho de la valoración probatoria por el cauce del ordinal cuarto en su nueva y vigente redacción) lo que requiere es la cita inexcusable del precepto que, conteniendo una norma valorativa de prueba, se considera infringido*».

Asimismo, en relación con el citado artículo 1.277 del Código Civil, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1994 (RJ 1994/6573) que: «*la doctrina científica y la jurisprudencia ha venido atribuyendo al citado artículo 1.277 el valor de una regla procesal, que supone la inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, a quien se le exime, en principio, de probar la causa que subyace en el reconocimiento de la deuda, sin perjuicio de que el deudor pueda demostrar que tal causa no existe o es ilícita, acreditando el verdadero origen de la obligación. Bajo otro punto de vista, también se ha*

(8) DE CASTRO, *vid., op. cit.*, págs. 246 y 247.

(9) LUIS DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Civitas, 1996, pág. 243.

entendido que el precepto legal contiene más bien la formulación de una presunción iuris tantum, que ampara la existencia de la causa, al suponer la ley que realmente existe y es lícita, relevando al acreedor de alegar y especificar su verdadero contenido. De cualquier forma que doctrinalmente se entienda el sentido del citado artículo 1.277, lo incuestionable es que la ley desplaza la prueba de la causa al deudor, en contra de lo que sucede con los demás requisitos esenciales del contrato, cuya carga probatoria corresponde a quien reclama su incumplimiento (sentencias de 1 de mayo de 1952 [RJ 1952, 1224]; 3 de febrero de 1973 [RJ 1973, 403]; 25 de septiembre de 1983 y 17 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2730]); 25 de septiembre de 1983 y 17 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2730]). Esto es, según la Jurisprudencia existe una presunción legal de la existencia y licitud de la causa, lo que supone, en palabras de Díez-Picazo (10) que: «...la carga de la prueba se traslada al contratante que pretenda desvincularse por la vía de nulidad o la ineficacia».

Las anteriores interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del artículo 1.277 del Código Civil no fueron debidamente atendidas —en nuestra opinión— en los motivos de la sentencia de casación analizada, puesto que la ilicitud de la causa no parece ser el motivo de nulidad alegado por la sociedad, ya que según su propio motivo de casación se dice que: *«tanto en el escrito de contestación a la demanda del juicio núm. 163/89 como en la demanda del juicio acumulado núm. 642/90, se indicó reiteradamente que el acuerdo aludido incurría en nulidad absoluta por contravenir el artículo 74 de la LSA...»*, no apreciándose además en la sentencia de instancia y en la sentencia de apelación tal motivo de ilicitud referido a la causa.

No obstante lo anterior, vista —en nuestra opinión— la inicial inexistencia de ilegalidad por vulneración de norma imperativa (sin perjuicio de los argumentos de derecho societario que posteriormente comentaremos) o por la comisión de fraude, el Tribunal Supremo (pese a los impedimentos del art. 1.277 del Código Civil) califica al acuerdo del Consejo como negocio con causa ilícita por ser contrario también a la moralidad, al decir que: *«...pues los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura»*, sin realizar una correcta argumentación de tal oposición.

A continuación y pese a la calificación de nulidad (por las razones expuestas) que realiza el Tribunal Supremo del acuerdo del Consejo de Administración de 1964, niega los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad, al considerar aplicable el artículo 1306.1 del Código Civil, o sea, que recalifica (si se nos permite la expresión) al citado acuerdo de negocio con causa torpe, lo cual merece también ser considerado en este momento, debido a la trascendencia de dicha «recalificación».

Para sentar las correctas premisas para la aplicación del artículo 1.306 del Código Civil, estamos de acuerdo con DELGADO ECHEVARRÍA (11) que: *«Interesa subrayar que hay, sin duda, contratos de causa u objeto ilícitos en que, no habiendo delito, y no pudiendo reprocharse torpeza a ninguno de los contratantes, no han de aplicarse los artículos 1.305 y 1.306, sino la regla de recíproca*

(10) Vid., *op. cit.*, pág. 245.

(11) Delgado ECHEVARRÍA Y PARRA, *Tratado de las nulidades del contrato*, Zaragoza, 2003. Disponible en www.unizar.es

restitución (art. 1.303). Sucede ello, ante todo, en los casos en que el contrato sea nulo por ser contrario a la ley —supuesto habitualmente considerado de nulidad por ilicitud de la causa, atendiendo a que, según la letra del artículo 1.275, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes—, pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa o infame (que son los significados del adjetivo “torpe”, según el Diccionario de la Academia, 4.^a y 5.^a acepciones). Sólo la torpeza en el sentido dicho —o la condena por delito o falta— determina la privación de la repetición. La tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos ni de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni ésta implica necesariamente contradicción a la ley». Es decir, la causa torpe no lo es por ser contraria a la ley (lo cual sería objeto de la causa ilícita), sino por ser considerada como una conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa e infame, de ahí que la excepción que presenta el artículo 1.306 del Código Civil al artículo 1.303 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la irrepetibilidad o inaplicación de la regla general restitutoria derivada de la nulidad, haya de interpretarse en su correcta medida y de forma restrictiva.

En cuanto a dicha interpretación restrictiva y conexión con la paridad de culpas exigible para la aplicación del artículo 1.306, DELGADO ECHEVARRÍA (12) se pronuncia diciendo que: «Se ha defendido la necesidad de una apreciación comparativa de la torpeza de una y otra parte, de modo que sólo se privará de repetición a ambos cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando haya sensible desproporción, aun habiendo obrado ambos inmoralmente (en particular, *Le Tourneau*, Ph. 1970, 175 y sigs.). El adagio in pari causa turpitudinis parece apuntar en esta dirección. Este planteamiento flexible, que permitirá al juzgador mayor margen de apreciación, para llegar en cada caso a la solución más equitativa, nos parece el adecuado en nuestro Derecho, pues armoniza con la última parte del artículo 1.305. En efecto, si el cocontratante de quien incurrió en delito o falta puede repetir lo dado, por más que su propia conducta no sea irreprochable (mientras él, a su vez, no haya delinquido), el mismo criterio que pena sólo a aquél cuya conducta es más gravemente inmoral habrá de tenerse en cuenta cuando ninguno haya cometido delito o falta, pero la infamia de uno haga palidecer la de la otra parte».

Este argumento ha sido el defendido en la conocida sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1986 (RJ 7432), al afirmarse que: «Nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa, hipótesis a la que no le es aplicable la normativa del referido precepto, pero es que aunque, a título de abundamiento, se entendiera, como pretende el recurrente, que el supuesto de litis es subsumible en la hipótesis de ilicitud de la causa no constitutiva de delito o falta, nunca podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquélla a C., S. A. por haber sido, no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente, como ha quedado patente en el anterior considerando sin que tal ilicitud quepa referirla a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendidamente disimulado contrato de donación». En relación con esta sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1986, MORALES MORENO (13) expone acertadamente sobre la misma que: «A pesar de la ilicitud

(12) Vid., *op. cit.*

(13) MORALES MORENO, *Anuario de Derecho Civil*, 51-2 (1988), págs. 616-618.

de la causa y aunque Cuétara, S. A. no carezca totalmente de culpa en su intento de asegurar el silencio, es más reprobable la conducta del señor Carmona, que ha intentado aprovecharse de la situación para obtener una ventaja patrimonial carente de toda justificación, por ello no procede aplicar el artículo 1306.1 del Código Civil».

De acuerdo con lo anterior, no compartimos la decisión de la sentencia aquí analizada de tratar como supuesto de causa torpe «...al menos en cuanto a la primera de las ilicitudes...», en referencia al carácter ilegal o fraudulento del acuerdo del Consejo de Administración de 1964 predicado por la propia sentencia de casación, ya que aún discrepando *ab initio* de la citada afirmación o calificación, como hemos visto, tal consideración no tendría o merecería la aplicación del artículo 1306.1 del Código Civil, al no tratarse de una auténtica causa torpe, debiendo pues haberse fundado la misma sólo en la contravención de las reglas morales, con las dificultades apuntadas. Pero es más, aún admitiendo dicha contravención moral (y como con posterioridad desarrollaremos), la misma en todo caso devendría de un actuar no diligente y reprochable en términos culpabilísticos del consejero delegado al haberse aprovechado (según los datos de la sentencia) de su condición de tal para acceder o estipularse —vía acuerdo de Consejo de Administración— a una asignación económica. Pero como prescribe el referido artículo 1306.1 del Código Civil, ha de establecerse también la culpabilidad de la contraparte, en este caso la sociedad, lo cual aunque pueda no considerarse totalmente exenta de culpa, tras su comportamiento durante los años siguientes al acuerdo del Consejo de Administración consintiendo el mismo, también es cierto, que debido a la influencia del consejero delegado en la propia sociedad y al hecho de tratarse realmente de un incumplimiento del deber de lealtad, no consideramos acertada la aplicación del artículo 1306.1 del Código Civil en el presente caso, si admitiéramos a efectos dialécticos la existencia de una causa de nulidad absoluta en el acuerdo del Consejo de Administración, debido igualmente a la desproporción culpabilística existente entre ambas partes.

Pues bien, de lo tratado hasta el momento podemos concluir parcialmente: i) la inexistencia de una nulidad *contra legem* del acuerdo del Consejo de Administración de 1964, porque si se tratara de una remuneración por las funciones de gestión del consejero delegado, las mismas no tendrían que venir fijadas necesariamente en estatutos sociales; ii) la causa ilícita del acuerdo sólo se podría haber alegado si se considerara al citado acuerdo contrario a la moralidad, con la dificultad en su apreciación y con su problemática procesal apuntada; iii) la no aplicación —a nuestro juicio— de la exención al régimen general restitutorio por mor del artículo 1.306 del Código Civil, debido a la inexistencia de una paridad de culpas entre las partes del citado acuerdo.

No obstante, realizadas las anteriores consideraciones, hemos de volver de nuevo a afirmar que el Derecho de Sociedades ofrece tratamiento a estas situaciones, el cual no ha de ser obviado. Así, la actuación del consejero delegado podría haberse tildado como de conducta desleal, vulnerándose de esta forma su deber de lealtad con la sociedad, al haber propiciado un acuerdo del Consejo de Administración de las características comentadas. Por ello, son las normas de responsabilidad de los administradores las que han de tenerse en cuenta al respecto. En este sentido, los actuales artículos 127 y 127.ter de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 nos ofrecen respuesta a las situaciones infractoras del deber de lealtad por la existencia de un claro conflicto de

interés entre la sociedad y el correspondiente administrador, normas que encuentran su antecedente en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, aplicable al presente supuesto en virtud de la fecha del acuerdo del Consejo de Administración. Dicho precepto prescribía expresamente lo siguiente: «Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño».

De esta forma, hemos de preguntarnos cuál sería la consecuencia en relación con el citado acuerdo del Consejo de Administración por haberse vulnerado por el consejero delegado su deber de diligencia y lealtad para con la sociedad. En este sentido, FRANCISCO JOSÉ ARANGUREN URRIZA (14) se pronuncia *in genere* al respecto: «Tratándose de un acto contrario a una norma imperativa, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, habría de predicarse que el contrato prohibido celebrado en contra de tal prohibición por el administrador será nulo. Sin embargo, habrá que tenerse en cuenta el hecho de que el artículo 127.ter está estrechamente vinculado al 133 LSA, que sanciona la responsabilidad del administrador frente a la sociedad, socios y terceros, por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, siempre que de ello se derivase un daño al patrimonio social. Además, si el interés opuesto concurriera sólo respecto de uno o varios de los administradores, siendo mayoría los que no lo tuvieran, parece exagerado acudir a la nulidad, a falta de efectivo perjuicio. Así, en la Propuesta de Quinta Directiva se opta por la posibilidad de aprobación de este tipo de contratos, sea por el Consejo de Vigilancia o, en el sistema monista, por los miembros no gerentes del órgano de administración. En todo caso, parece que el acto podrá ser confirmado o convalidado por la Junta General, dados los términos del artículo 133.4, que excluyen tan sólo la posibilidad de exonerar de responsabilidad al administrador, admitiendo expresamente, aun sin dicho efecto, la aprobación posterior de lo actuado. En el mismo sentido, el artículo 114.1.d) LMV contempla la aprobación o ratificación de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o personas que actúen por su cuenta».

La cuestión que ahora se plantea es la siguiente: ¿cómo analizar en términos de ineficacia el acuerdo del Consejo de Administración debatido? En relación con este aspecto, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 carecía de un procedimiento específico de impugnación de acuerdos del Consejo de Administración, a diferencia de lo que ocurre con la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1989. A nuestro juicio, la conducta del consejero delegado debería haberse construido como realizada en su propio beneficio, suponiendo pues un claro conflicto de interés con la sociedad, lo que implica pues el incumplimiento del deber de lealtad en que debiera haberse traducido la conducta del consejero delegado (tal y como afirma el Tribunal Supremo al calificarla como «el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes»). Es decir, la contravención moral a la que alude el Tribunal Supremo como constitutiva de la causa ilícita del acuerdo, debiera haberse tratado como un supuesto de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador, también en los términos del artículo 79 de la

(14) FRANCISCO JOSÉ ARANGUREN URRIZA, *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI, vol. 2, Ed. Thomson-Civitas. págs. 472 y 473.

Ley de Sociedades Anónimas de 1951 al haber sido constitutivo de una contratación con abuso de sus facultades en su propio interés. Siendo ello así, coincidimos con el criterio de la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997, al calificar la contravención del artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como de un supuesto de anulabilidad y no de nulidad absoluta, debido a la posibilidad de convalidación y confirmación de dicho acto por la Junta General, lo que realmente ocurrió en el supuesto de autos, ya que desde 1964 hasta 1989, se vino produciendo la citada convalidación y confirmación por el órgano soberano de la sociedad.

Es cierto que bajo el gobierno de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no existía un precepto tan claro como el actual artículo 133.4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en el que se cita expresamente esa posibilidad de autorización o ratificación por la Junta General, lo cual no consideramos óbice para su posibilidad. Así, y para la sociedad colectiva (tipo general de las sociedades mercantiles) se permite por el artículo 144 del Código de Comercio dicha actuación —aunque con signo contrario, en cuanto a la exoneración de responsabilidad— confirmatoria de la actuación de los administradores, al disponer que: *«El daño que sobreviniere a los intereses de la Compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante con la obligación de indemnizarlo si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación»*, confirmación positiva de nuestro Código de Comercio perfectamente aplicable por analogía a un supuesto similar regulado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

Así pues, dicha posible convalidación del acuerdo del Consejo de Administración excluye, a nuestro parecer, su calificación de nulidad absoluta, debido al carácter general no convalidable del contrato nulo, sin que en nuestra opinión nos encontremos dentro de los supuestos tratados doctrinalmente (15) como excepción a dicha imposibilidad de convalidación (ejemplo, supuestos de poder de legitimación necesaria «ex art. 1.259 del Código Civil» o casos de ausencia de poder de disposición por adquisición sobrevenida del dominio).

En suma, la causa de invalidez del acuerdo del Consejo de Administración analizado, consideramos que debería haberse declarado bajo el régimen de la anulabilidad, en vez del de la nulidad absoluta, según hemos intentado argumentar, siendo conscientes de las diferencias existentes entre los regímenes de anulabilidad y nulidad a que hacen referencia y regulación nuestro Derecho de Obligaciones, con carácter general, y nuestro Derecho Societario, con carácter especial.

III. DE LOS PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAUSA DE INEFICACIA ALEGADA

Como hemos descrito, el motivo de casación esgrimido por la sociedad en cuanto a la existencia de nulidad absoluta del controvertido acuerdo del Consejo de Administración fue rechazado por la Sala al no haberse ejercitado explícitamente la correspondiente acción de impugnación y nulidad de dicho acuerdo del Consejo de Administración, ya que ésta sólo se limitó a ejercitar las pretensiones restitutorias del meritado acuerdo.

(15) DÍEZ-PICAZO, vid., *op. cit.*, pág. 484.

Pues bien, si nos encontráramos ante un supuesto de nulidad absoluta —tal y como afirma el Tribunal Supremo—, ¿estaría la sociedad en plazo para poder ejercitar la acción de nulidad y de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración de 1964 que le exigen la sentencia de instancia, apelación y la de casación, para poder hacer valer los efectos restitutorios (*ex art. 1.303 del Código Civil*) pretendidos mediante una acumulación de autos fechada en 1991 (no aparece en la sentencia de apelación ni en la de casación la fecha de la demanda de la sociedad), pero no debería ser muy anterior a la fecha de acumulación, esto es, en todo caso, transcurrido el plazo de quince años para el ejercicio de acciones personales?

A estos efectos, recordamos que nos estamos pronunciando sobre un acuerdo del Consejo de Administración datado en 1964 y por lo tanto gobernado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, por lo que en virtud del artículo 943 del Código de Comercio (al no ser de aplicación el régimen y los plazos del actual art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas), hemos de acudir a las reglas generales que sobre la materia prevé el Derecho Común.

Existen múltiples y contradictorias resoluciones jurisprudenciales acerca de la prescripción o no de la acción de nulidad. En este sentido y a título de ejemplo, DELGADO ECHEVARRÍA (16) realiza las siguientes observaciones en cuanto a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad:

«Por lo que se refiere a la jurisprudencia, es imposible y de escasa utilidad tratar de recoger todas las sentencias que han declarado la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho. Con todo, merece la pena hacer algunas citas, pues muestran también cierta evolución y algunas dudas significativas.

Algunas sentencias se detienen en la afirmación de que el artículo 1.301 no tiene aplicación en los casos de nulidad radical o inexistencia, sin llevar más lejos su análisis (sentencias de 18 de abril de 1945, 25 de abril de 1960, 20 de marzo de 1964 y 28 de octubre de 1974), aunque parecen admitir implícitamente que la acción de nulidad no está sujeta a plazo alguno de prescripción ni de caducidad. Esto último lo dicen explícitamente y con cierto énfasis buen número de sentencias, como las siguientes: sentencias de 11 de enero de 1928, 19 de diciembre de 1951, 20 y 23 de octubre de 1954, 8 de octubre de 1962, 27 de marzo y 13 de mayo de 1963, 13 de febrero de 1964, 28 de mayo de 1965, 17 de febrero de 1966, 20 de marzo de 1969, 16 de abril y 14 de diciembre de 1973, 14 y 22 de marzo de 1974 y 20 de diciembre de 1975. Reiteran la imprescriptibilidad de la acción de nulidad las sentencias de 19 de julio de 1989 y 14 de noviembre de 1991: (la nulidad de pleno derecho o de inexistencia contractual es imprescriptible de acuerdo con la antigua regla de que lo nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo); 23 de julio de 1993 (la nulidad radical es una «figura de crisis negocial que queda al margen de la prescripción, según constante doctrina de esta Sala»); 19 de mayo de 1995 (reproduciendo argumentos de quod ab initio vitiosum est y de inaplicabilidad del art. 1.301 a los casos de nulidad radical o inexistencia, calificación que otorga a la renuncia de derechos hereditarios por el padre en representación de hijos menores y de menor emancipado por el padre para la ocasión; la impugnación, veintisiete años después de la celebración del contrato, prospera, sobre todo, porque, a través de un uso conjunto del abuso del derecho y del fraude de ley, el Tribunal llega a afirmar que no se trata de una voluntad viciada —que daría lugar a

(16) Vid., *op. cit.*

anulabilidad, lo que en principio es más correcto para estos casos— sino de falta de voluntad».

Por su parte, Díez-Picazo (17) expone con claridad y acierto lo siguiente al respecto: «La acción de nulidad, en cuanto acción meramente declarativa, no está sometida a ningún plazo de ejercicio y debe ser considerada como imprescriptible. El paso del tiempo, se dice, no puede convalidar un contrato inicialmente nulo (quod ab initio vitiosum est non potest tracto tempore convalescere). Sin embargo, el carácter imprescriptible de la acción debe entenderse respecto de la declaración de nulidad, pero no por lo que se refiere a la restitución de las cosas que hubieren sido dadas, entregadas u obtenidas en virtud del contrato nulo. Los efectos restitutorios están sometidos al plazo normal de prescripción de las acciones personales, que es el de quince años (art. 1.964), así como a la posibilidad de que las cosas sean usucapidas, mediante una usucapición ordinaria, si en el usucapiente concurren la buena fe y el justo título, o mediante una usucapición extraordinaria». Tesis que consideramos correcta, de conformidad con la doctrina expuesta por la importantísima sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 (18).

Evidentemente, lo que sí prescribe dentro del citado plazo de quince años es el efecto restitutorio ejercido en este caso por la sociedad, en cuya demanda se solicitaba el reintegro de las cuotas abonadas. Dicho plazo de prescripción ha de computarse, en nuestro caso, desde la consumación del acuerdo del Consejo de Administración, o sea, desde que el consejero delegado obtuvo cantidades correspondientes a la asignación económica acordada, lo cual tomó efecto desde el año 1964, todo ello según el artículo 1.969 del Código Civil. En suma, en nuestra opinión, la pretensión restitutoria estaba prescrita en el presente caso.

Por otro lado, si consideramos la posibilidad de que la ineficacia no fuera una nulidad absoluta sino una anulabilidad, igualmente habría caducado el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de impugnación.

Resta comentar la afirmación que realiza el Tribunal Supremo para desestimar la casación planteada por la sociedad sobre la necesidad de haber ejercitado expresamente la acción de nulidad y haberse tenido que haber impugnado con tal carácter el acuerdo del Consejo de Administración de 1964, ya que la pretensión social se dirigió exclusivamente al reintegro de las cantidades percibidas.

Si se considerase, como sucede en el presente pleito, que nos encontramos ante una nulidad radical y absoluta, ello nos llevaría a atender de nuevo un controvertido tema, como es la posible apreciación de oficio del régimen de la nulidad contractual. En este sentido, hemos de afirmar que si bien en un primer momento se despreció tal posibilidad por nuestra Jurisprudencia, sobre todo, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1932, se apreció tal posibilidad, aunque estimamos con la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, que tal apreciación de oficio ha de ser admitida *cum grano salis*, o sea, con carácter excepcional.

No obstante, y en cuanto al Derecho de Sociedades y en un caso similar al tratado, DELGADO ECHEVARRÍA (19) cita un ejemplo de apreciación de oficio de la

(17) Vid., *op. cit.*, pág. 474.

(18) También existen tesis más rotundas a favor de la prescriptibilidad de la nulidad, conforme al citado plazo de quince años (ex art. 1.964 del Código Civil). En este sentido, las defendidas por PASQUAU LIAÑO, *La acción de nulidad sí prescribe*. Trabajo disponible en www.codigo-civil.info/nulidad.

(19) Vid., *op. cit.*

nulidad existente en el caso debatido, al afirmar que la «sentencia de 30 de diciembre de 1992 (sobre un “contrato blindado” de un Consejero-Delegado de Sociedad Anónima), por razones distintas de las alegadas en el recurso y, quizá, para no pronunciarse en general sobre la nulidad de estos pactos, y excluyendo que a un miembro del Consejo de Administración se le pueda aplicar ni por analogía las normas que rigen los contratos de personal de alta dirección, entre ellas, por la importancia para el caso litigioso, el artículo 11 del Real Decreto 1382/85, que faculta al empresario para desistir del contrato teniendo en estos casos derecho el alto directivo “a las indemnizaciones pactadas en el contrato”; el Tribunal concluye que “siendo los artículos 74 y 77.1 (LSA 1951) preceptos de clara naturaleza imperativa, su falta de observancia conlleva la nulidad radical de los pactos que los contraríen, por lo que puede ser apreciada de oficio por esta Sala, según ha mantenido en reiteradas ocasiones en que se apreció una nulidad de esta naturaleza (con cita de las sentencias de 7 de mayo y 29 de octubre de 1949, 23 de junio de 1966 y 14 de marzo de 1983)”. O sea, en este caso, la sentencia del Tribunal Supremo analizada (así como las de instancia y apelación) obvia un precedente similar en cuanto a remuneraciones de consejeros delegados, lo cual no parece muy coherente con el régimen de la nulidad propugnado, aunque consideremos que la referida exigencia de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración, en base a la nulidad propuesta, se encuentre acorde con los postulados jurisprudenciales restrictivos a la posible apreciación de oficio de la nulidad.

A mayor abundamiento, a favor de la exigencia y necesidad de la impugnación expresa y judicial del acuerdo del Consejo de Administración y en congruencia con la calificación realizada por el Tribunal Supremo de existencia de expresión de una causa falsa (en relación con la denominada «comisión de cartera»), puede manifestarse que éste es un requisito cuando se trata de impugnación de contratos simulados. En este sentido, M. AMORÓS (20) se pronuncia al comentar el artículo 6.3 del Código Civil de la siguiente forma: «*En principio, la nulidad será frente a todos, erga omnes, y no necesita ser declarada. Pero cuando el acto nulo presenta una apariencia de validez, bien sea por no resultar patente la causa de nulidad (simulación absoluta con carencia de causa en una compraventa formalizada en escritura pública, enajenación de finca por heredero aparente cuando no se conoce el testamento ológrafo posterior y vigente, etc.), bien por estar el interviniente en el acto de una legitimación extraordinaria (titular registral distinto del dueño civil actual), entonces se hace precisa la declaración judicial de nulidad para que desaparezca esa apariencia externa y no pueda justificar la confianza de los terceros de buena fe, muchas veces convalidante de su anómala situación.*».

Si por el contrario estuviéramos ante un supuesto de anulabilidad, el planteamiento de la cuestión nos haría entrar de lleno en las discusiones existentes acerca del carácter constitutivo o declarativo de la correspondiente sentencia. No vamos a entrar en un análisis de la presente problemática, al exceder de los términos del presente trabajo (21), aunque en nuestra opinión, valdría la declaración extrajudicial de la anulabilidad para el efecto de la misma, salvo en los supuestos de controversia entre las partes, o cuando la

(20) M. AMORÓS, *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El Nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Volumen primero, Editorial Tecnos, 1977, pág. 331.

(21) Vid. la exposición del problema que realiza Díez-PICAZO, en *op. cit.*, págs. 487-489.

causa de anulabilidad no sea de las manifiestas, donde en ambos casos, debería ser necesaria la interposición de la correspondiente acción judicial, sobre todo, en consideración a los posibles efectos retroactivos de la anulabilidad.

En suma, en ambos supuestos y conforme a las características del caso analizado, entendemos que debería haber sido necesaria la correspondiente acción judicial de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración, para el predicamento de nulidad, o de anulabilidad en su caso, del referido acuerdo, aunque el resultado de la misma estuviera bajo «la espada de Damocles» del instituto de la prescripción extintiva, o caducidad, en su caso, en los términos antes y posteriormente expuestos.

IV. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA INVALIDEZ DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Declarada la nulidad del acuerdo del Consejo de Administración en los términos enjuiciados en la presente sentencia, la inexistencia del mismo hubiere supuesto en principio el juego del mecanismo restitutorio de las prestaciones, ex artículo 1.303 del Código Civil, el cual ha sido desvirtuado en esta casación por la aplicación del artículo 1.306 del Código Civil, en nuestra opinión con excesivo celo o, si se nos permite, de forma indebida.

No obstante, en la hipótesis de la nulidad absoluta y aún aceptado el juego de las restituciones, entendemos conforme a lo anterior que la nulidad habría prescrito, aunque para haberse hecho valer el instituto de la prescripción debiera haberse alegado por la parte interesada, siendo, a nuestro juicio, imposible el acogimiento de oficio de la misma. En este sentido, y con base a los artículos 1.961, 1.935 y 1.973 se pronuncia Díez-PICAZO (22) al afirmar que: *«En términos generales podemos entender que incluso los sostenedores más radicales del automatismo de la prescripción en el efecto estricto de los derechos están de acuerdo en que, cualquiera que sea la dosis de orden público que en la prescripción pueda existir, los jueces no pueden apreciarla de oficio y tiene que ser alegada por el interesado»*, alegación que no se realizó en el presente proceso, por lo de admitirse la existencia de nulidad absoluta, ésta debería haber desplegado sus típicos efectos tendentes a la declaración de inexistencia del acuerdo del Consejo de Administración, y la correspondiente restitución de prestaciones (de no haberse apreciado la causa torpe, ex art. 1.306 del Código Civil). Por el contrario, de haberse alegado la prescripción y haberse estimado la misma, el efecto del juego del instituto prescriptivo debiera haber supuesto en palabras de PASQUAU LIAÑO que: *«...no es que el contrato haya devenido válido por el transcurso del tiempo, sino que se ha perdido la posibilidad de determinar judicialmente si existe o no la causa de nulidad, por lo que quedarán consolidados los efectos que se hayan derivado del contrato»* (23).

Si por el contrario nos encontráramos ante una causa de anulabilidad, el sentir más generalizado es su consideración como plazo de caducidad y no de prescripción (en contra, DELGADO ECHEVARRÍA, vid., *op. cit.*), según afirman, entre otros, DE CASTRO (vid., *op. cit.*, «El negocio jurídico», pág. 509) y Díez-PICAZO (vid., *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 490). Pues bien, considerado igual-

(22) Díez-PICAZO, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Thomson-Civitas, 2003, pág. 94.

(23) Vid., *op. cit.*

mente por nosotros dicho plazo como de caducidad, de nuevo hemos de plantearnos la posibilidad o no de adopción de oficio de la caducidad, coincidiendo al respecto con Díez-PICAZO (vid., *op. cit.*, «La prescripción...», pág. 83) en que —pese a que se haya afirmado por la Jurisprudencia apodícticamente dicha posibilidad— «...habría que proceder a una interpretación correctora de la jurisprudencia, limitando el acogimiento de oficio a este tipo de caducidades». Por ello, aún de haberse alegado y prosperado la causa de anulabilidad antes expuesta, consideramos que habría caducado el plazo de cuatro años para hacerla valer, con lo que el acuerdo del Consejo de Administración habría quedado, a nuestro juicio, confirmado tácitamente al haberse procedido a la consumación del mismo, así como incluso expresamente, como consecuencia del inmediato devenir social confirmatorio del citado acuerdo, ya que si no hubiera caducado idénticos efectos restitutorios habrían de ser propugnados que para el caso de la nulidad absoluta (de haber prosperado los mismos), en función de la aplicación de los artículos 1.301 y siguientes del Código Civil.

RESUMEN

COMISIÓN DE CARTERA

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2006, se enjuician las causas de invalidez de una «comisión de cartera» otorgada a un consejero delegado por acuerdo del Consejo de Administración de la correspondiente sociedad, que en la sentencia de instancia y en la de apelación fue declarada nula por no constar la misma en los estatutos sociales de la compañía, siendo objeto de este comentario a dicha sentencia nuestra opinión sobre la nulidad o no de la misma.

ABSTRACT

PORTFOLIO COMMISSION

The Supreme Court's ruling of 24 October 2006 addresses the grounds for the invalidity of a «portfolio commission» granted to a CEO by a resolution of his company's board of directors, which was declared null in the ruling of first instance and in the ruling on appeal, because such a commission does not appear in the company's by-laws. The authors' opinion on the nullity or otherwise of the commission is the object of this commentary on said ruling.

3. JURISPRUDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LETRADOS ADSCRITOS

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 24 DE MARZO DE 2006, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Declara la nulidad de la Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia, de 19 de enero de 2004, por la que se dejó sin efecto la inclusión en el Escalafón Notarial de tres Registradores adscritos. Se restablece así la Resolución de la propia Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, sobre derecho de asimilación de Notarios y Registradores adscritos a dicho Centro Directivo. Considera nulo todo el procedimiento administrativo llevado a cabo por el Ministerio de Justicia de revisión de estas Resoluciones, e incluso deroga la Orden Ministerial de delegación de competencias, de 26 de junio de 2003, en base a la cual se había iniciado el procedimiento. En consecuencia, debe entenderse restablecido el escalafón notarial con inclusión de los registradores adscritos afectados.

Núm. de Recurso: 0000332/2004.

Núm. Registro General: 01543/2004.

Demandante: Juan M.^a Díaz Fraile y don Francisco Javier Gómez Gállico.

Procurador: Don Antonio García Díaz.

Demandado: Ministerio de Justicia.

Abogado del Estado.

Ponente Ilmo. Señor don Eduardo Menéndez Rexach.

Sentencia número:

Ilmo. Señor Presidente:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Ilmos. Señores Magistrados:

Don Eduardo Menéndez Rexach.

Don José Luis Terrero Chacón.

Doña Isabel García García-Blanco.

Madrid, a veinticuatro de marzo de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido don Juan María Díaz Fraile y don Francisco Javier Gómez Gállico, representados por el Procurador don Antonio García Díaz, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre declaración de nulidad de oficio. Ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección, Ilmo. Señor don Eduardo Menéndez Rexach.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El acto impugnado procede del Ministerio de Justicia y es la Resolución del Secretario de Estado de Justicia, de 19 de enero de 2004, por la que se declara la nulidad de oficio de su propia Resolución de 24 de enero

de 2001, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y de 2 de enero de 2001.

SEGUNDO. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO. Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO. Contestada la demanda, y no habiéndose solicitado recibir el pleito a prueba, una vez terminada la tramitación de las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 14 de marzo de 2006 en el que, efectivamente, se votó y falló.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso tiene por objeto la Resolución del Secretario de Estado de Justicia, de 19 de enero de 2004, por la que se declara la nulidad de oficio de su propia Resolución de 24 de enero de 2001, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y de 2 de enero de 2001.

SEGUNDO. Los recurrentes solicitan que se declare la nulidad de la resolución impugnada.

Los hechos a que se contrae el presente recurso han sido ya examinados y resueltos en la sentencia de 26 de diciembre de 2005, que estimó el recurso interpuesto frente a la misma resolución aquí impugnada, planteado en términos idénticos al presente, por lo que procede remitirnos a los fundamentos de dicha sentencia cuyo contenido es el siguiente:

Como antecedentes fácticos a destacar, citaremos los siguientes:

1.º Con fecha 29 de octubre de 1998, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó Resolución, acordando lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo que resuelvan los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y contra las órdenes del Ministerio de Justicia, de 23 de diciembre de 1997 y 19 y 27 de febrero de 1998, relativas al concurso de méritos para la provisión de tales plazas, ordenar que en el próximo Escalafón de los Cuerpos de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles que esta dirección elabore, los solicitantes que procedan del Cuerpo de Registradores, ocupen en el Escalafón Notarial el número que corresponda según la antigüedad en la toma de posesión del cargo de Letrado; y para los que procedan del Cuerpo de Notarios ocupen en el Escalafón de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles el número que corresponda según la misma antigüedad; supeditándose en ambos casos la efectividad de dicha asimilación a la permanencia en el Centro Directivo durante al menos cinco años y con expresa advertencia en la publicación de dicho Escalafón de que la asimilación está pendiente de la interpre-

tación jurisprudencial que de dicho régimen se efectúe en los citados recursos contencioso-administrativos».

2.º Con fecha 2 de enero de 2001, la misma Dirección General de los Registros y del Notariado dictó Resolución, acordando lo siguiente:

«...ordenar que sigan figurando los Notarios y Registradores adscritos en los escalafones de los Cuerpos a los que pertenecen por asimilación, en los términos resultantes de las vigentes Resoluciones de 29 de octubre de 1998 y 27 de mayo de 1999, debiéndose publicar así en lo sucesivo en los Anuarios y demás publicaciones oficiales donde se contengan».

3.º Con fecha 24 de enero de 2001, la Secretaría de Estado de Justicia dictó Resolución, acordando lo siguiente:

«Primero. Se aprueba el Escalafón Notarial actualizado al 1 de enero de 2001, que se adjunta como anexo a la presente Resolución.

Segundo. Los interesados disponen de un plazo de diez días naturales, contados a partir del día siguiente al de la publicación de esta Resolución en el "Boletín Oficial del Estado" para alegar errores materiales o de hecho que, en su caso, hayan podido producirse».

4.º Finalmente, con fecha 19 de enero de 2004, el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, dictó resolución acordando lo siguiente:

«...declarar que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, y, asimismo, la Resolución de esta Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, en lo que se refiere a incluir en el escalafón notarial a tres Registradores adscritos a la citada Dirección General, al haber aplicado un derecho extinguido a personas que carecían de los requisitos esenciales para su adquisición, son nulos de pleno derecho, incurriendo en la causa de nulidad prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por cuanto se trata de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición. Y, en consecuencia con la nulidad de las Resoluciones anteriores que se declara, quedan sin efecto todos los actos por los que se hubiera reconocido o aplicado el derecho de asimilación».

TERCERO. Añadía la sentencia de referencia que «antes de examinar la cuestión de fondo, objeto del presente recurso, atinente a la legalidad intrínseca de las resoluciones revisadas, debemos pronunciarnos sobre aquellas alegaciones de los recurrentes que, por ser previas, si fueran estimadas, harían innecesario un pronunciamiento sobre la indicada cuestión.

Estas alegaciones previas se refieren, concretamente, a la falta de referencia expresa en la Resolución recurrida que se dicta por delegación, con vulneración del artículo 13.4 de la Ley 30/1992 y a la improcedencia de que el Ministro delegue el ejercicio de la facultad de revisión de oficio, según los artículos 12 y 13 de la Ley 6/1997 y el apartado c) del número 2 del artículo 13 de la Ley 30/1992.

Con relación a la primera de las referidas cuestiones, atinente a la falta de advertencia expresa sobre la delegación en la tramitación y resolución del

expediente administrativo de revisión, debemos recordar que esta Sección ha dictado sentencia con fecha 1 de julio de 2005 en el recurso de apelación número 76/2004, formalizado contra la sentencia del Juzgado Central número 9 de 2 de abril de 2004, resolución judicial que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia, de 10 de octubre de 2003, que daba inicio al procedimiento de revisión que enjuiciamos.

En la indicada sentencia poníamos de manifiesto el siguiente criterio, al que ahora nos remitimos:

«...si bien la delegación ha de exteriorizarse en el propio acto que se dicte, no lo es menos que la omisión en la resolución del dato de la delegación no pasa de ser, en términos generales, una mera irregularidad no invalidante, si realmente existe aquella delegación. Irregularidad que ha tenido oportunidad de ser subsanada a lo largo del procedimiento administrativo, específicamente en la resolución de fondo por la que se acuerda la revisión de oficio, de fecha 19 de enero de 2004, en la que expresamente se hace constar que el Secretario de Estado actúa por delegación y menciona la norma delegante».

En cuanto a que la potestad ministerial de revisión de oficio no es delegable, procede reiterar el argumento de la repetida sentencia en el sentido de que debemos acoger la tesis de los demandados, separándonos del criterio que sostuvimos en nuestra sentencia de 1 de julio de 2005.

En efecto, en primer lugar conviene recordar, que de conformidad con el apartado primero *b)* de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 6/1997, la competencia para «la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables», en la Administración General del Estado, corresponde a los Ministros, respecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento, no dependientes de una Secretaría de Estado, y a los Secretarios de Estado, respecto de los actos dictados por los órganos directivos de ellos dependientes.

Por otro lado, el apartado primero del artículo 13 de la Ley 30/1992 establece, con carácter general, que los órganos de las diferentes administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllos, previsión general que se matiza, no obstante, en el apartado segundo del propio artículo, al disponer que, en ningún caso, podrán ser objeto de delegación determinadas competencias, y entre ellas, «las materias en que así se determine por norma con rango de Ley».

A las competencias de los Ministros se refieren expresamente los artículos 12 y 13 de la Ley 6/1997, distinguiendo entre aquellas competencias que corresponden a los Ministros, «en todo caso», recogidas en el artículo 12, y aquellas otras competencias que corresponden a los Ministros, «sin perjuicio de su desconcentración o delegación en los órganos superiores o directivos del Ministerio». Según la Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, la expresada regulación responde a la idea de distinguir entre aquellas «funciones, que son de naturaleza indelegable» (las del art. 12), de aquellas otras funciones «que pueden desconcentrarse o delegarse» (las del art. 13).

Entre las competencias de los Ministros recogidas en el artículo 12 de la Ley 6/1997, es decir, entre las competencias de los Ministros que la Ley considera «indelegables», se recoge en su apartado *i)* la revisión de oficio de los

actos administrativos, según la redacción dada al indicado precepto y apartado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

El carácter indelegable de las competencias recogidas en el artículo 12 de la Ley 6/1997 se desprende de la propia reforma operada por la Ley 50/1998.

En efecto, antes de la Ley 50/1998, el apartado *i)* del artículo 12 de la Ley 6/1997 atribuía a los Ministros, entre otras, la competencia para resolver los recursos contra las resoluciones de los órganos superiores o directivos que dependieran directamente de él y cuyos actos no agotaran la vía administrativa, y contra los actos de los Organismos Públicos dependientes del Departamento.

Y según la Exposición de Motivos de la Ley 50/1998, se modificó la Ley 6/1997 «para permitir la delegación por los Ministros de sus competencias para resolver recursos y declarar la lesividad de los actos Administrativos», dando una nueva redacción al apartado 11 del artículo 13 —referido a las competencias susceptibles de desconcentración o delegación— que atribuye a los Ministros la competencia para resolver los recursos administrativos y declarar la lesividad de los actos administrativos cuando les corresponda.

Consecuentemente, si la reforma operada por la Ley 50/1998 en la Ley 6/1997 se llevó a cabo para transformar en delegable una de las competencias recogidas en el artículo 12, y con dicha finalidad se incorporó al catálogo de las competencias del artículo 13, parece obvio que las competencias recogidas en el expresado artículo 12 no son delegables.

Paradójicamente, la modificación introducida por la Ley 50/1998 se extendió también al propio apartado *i)* del artículo 12 de la Ley 6/1997 —referido a las competencias indelegables—, atribuyendo a los Ministros la competencia para la revisión de oficio, sin que la expresada modificación fuera objeto de especial justificación en las exposiciones de motivos del proyecto o del texto definitivo de la Ley 50/1998, ni en el dictamen de la Comisión.

En definitiva, de todo lo anteriormente expresado resulta que la interpretación literal y sistemática de los artículos 12 y 13 de la Ley 6/1997, nos conduce a concluir que las competencias de los Ministros recogidas en el artículo 12 de la Ley 6/1997, y en lo que aquí interesa, la competencia para la revisión de oficio de los actos administrativos, es indelegable.

Como quiera que en la Resolución recurrida el Ministro de Justicia ejerce sus competencias en materia de revisión de oficio delegándolas en el Secretario de Estado, la expresada Resolución debe considerarse nula.

Podría objetarse a esta conclusión que la Resolución impugnada revisa tres decisiones administrativas, una del Secretario de Estado de Justicia y dos de la Dirección General de Registros y del Notariado, y que el Secretario de Estado de Justicia es competente, por sí mismo, para revisar de oficio los actos dictados por los órganos directivos dependientes de su Secretaría, y en el supuesto enjuiciado, lo sería para revisar las dos Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia; y que partiendo de dicha premisa, podríamos mantener la vigencia de la Resolución recurrida en el particular que revisa las dos Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

El referido planteamiento no ha sido considerado, no obstante, por la Sala, esencialmente por dos razones:

En primer lugar, porque en el supuesto enjuiciado la facultad de revisión de oficio se ejerce directamente por el Ministro, como superior jerárquico del

Departamento, respecto de las tres Resoluciones revisadas, sin duda porque las mismas se encuentran directamente relacionadas, debiendo considerarse la Resolución recurrida, en todo caso, como dictada por el Ministro, según el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley 30/1992.

Y, en segundo lugar, porque sostener la vigencia parcial de la Resolución recurrida y, consecuentemente, la nulidad de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, que reconocen el derecho de asimilación, y la validez de la Resolución del Secretario de Estado, que incluye en el Escalafón Notarial a tres Registradores adscritos a la citada Dirección General en base al reconocimiento del expresado derecho, generaría una situación de considerable inseguridad jurídica.

Por todo lo anteriormente expresado, y sin que nos pronunciemos sobre la legalidad y justificación del derecho a la asimilación, consideramos procedente la estimación del presente recurso y la anulación de la resolución recurrida, al concurrir la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992.

CUARTO. En otro orden de cosas, y como quiera que la resolución recurrida se dictó en base a la atribución competencial recogida en el apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003, de 26 de junio, por la que se delegan competencias del Ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos del Ministerio de Justicia, disposición normativa que atribuye expresamente al Secretario de Estado de Justicia, por delegación del titular del Departamento «la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos dictados por la Secretaría de Estado, contraviendo el artículo 12 de la Ley 6/1997, declaramos también nula la indicada disposición, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley de la Jurisdicción».

QUINTO. Por todas las razones anteriores procede la estimación del recurso en su pretensión principal sin necesidad de entrar al resto de las cuestiones suscitadas en la misma para avalar la pretensión anulatoria de la resolución recurrida y, lógicamente, sin que proceda plantearse la subsidiaria pretensión indemnizatoria, ya que ésta descansaba sobre la base de la confirmación de la procedencia de la revisión de oficio; de conformidad con el artículo 72.2 de la propia Ley de la Jurisdicción, una vez firme esta sentencia deberá publicarse su fallo y el precepto anulado en el mismo periódico oficial donde se publicó la Orden JUS 1825/2003, de 26 de junio, es decir, en el Boletín Oficial del Estado.

SEXTO. No es de apreciar temeridad o mala fe a efectos de imposición de costas.

FALLAMOS

PRIMERO. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador señor García Díaz en representación de don Juan María Díaz Fraile y de don Francisco Javier Gómez Gállico contra la Resolución del Ministerio de Justicia descrita en el Primer Fundamento de Derecho, que se anula por ser contraria a derecho.

SEGUNDO. Anular el apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003, de 26 de junio, por la que se delegan competencias del Ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos del Ministerio de Justicia.

TERCERO. No hacer una expresa condena en costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Una vez firme la presente sentencia, publíquese su parte dispositiva en el Boletín Oficial del Estado.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID,
DE 23 DE JUNIO DE 2006.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Juan María Díaz Fraile, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 2003, por la que se había resuelto el concurso de provisión de Notarías vacantes convocado por Resolución de 17 de junio de 2003, y en la que no se había tomado en consideración su instancia; y se ordena que se le adjudique en dicho concurso una plaza al recurrente. La sentencia considera en vigor las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores adscritos.

Recurso número 2940/03

Ponente: Señora Martínez Álvarez.

Ilma. Señora Presidenta:

Doña M.^a del Camino Vázquez Castellanos.

Ilmos. Señores Magistrados:

Doña Mercedes Moradas Blanco.

Doña M.^a Jesús Muriel Alonso.

Don José Luis Aulet Barros.

Don Santiago de Andrés Fuentes.

Doña Carmen Álvarez Theurer.

Doña Amaya Martínez Álvarez.

En la Villa de Madrid, a 23 de junio de dos mil seis.

VISTO el recurso contencioso-administrativo número 2940/03, seguido ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Díaz en nombre y representación de don Juan M.^a Díaz Fraile contra Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 22 de octubre de 2003, por la que se resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes, convocado por Resolución de 17 de junio de 2003. Habiendo sido parte la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso, se reclamó el expediente a la Administración y, siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte demandante para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que expuso los Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se anule la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de 10 de octubre de 2003 en el extremo en que, resolviendo el concurso convocado por anterior Resolución de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de octubre de 2003, acordó adjudicar la Notaría vacante de Vitoria-Gasteiz, por traslado del señor Pobles Layunta, a don X, declarando el derecho de mi representado a que le sea adjudicada la referida vacante con preferencia a don X, con expresa condena en costas a la Administración demandada.

SEGUNDO. El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma conforme a los fundamentos que alegó, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO. Concluido el procedimiento, se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 21 del mes de junio en que ha tenido lugar.

Habiendo sido Ponente la Magistrada, Ilma. Señora doña Amaya Martínez Álvarez, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo número 2940/03, promovido por el Procurador de los Tribunales don Antonio García-Díaz en nombre y representación de don Juan M.^a Díaz Fraile, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 22 de octubre de 2003, por la que se resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes, convocado por Resolución de 17 de junio de 2003.

El recurrente considera que en el concurso referido debió haberle sido adjudicada la vacante de Vitoria Gasteiz, que sin embargo fue adjudicada a don X, sin antigüedad en Notaría de la primera clase y con número de escalafón más alto, por lo que estima infringido lo dispuesto en el artículo 92 del Reglamento Notarial; que la Administración no acordó y notificó la exclusión del recurrente de su participación en el concurso con anterioridad a ser resuelto éste y que la nota instructiva emitida el mismo día de la resolución del concurso, de 10 de octubre de 2003, que declara la exclusión del concurso del ahora recurrente por iniciarse con esa misma fecha un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de las Resoluciones de 29 de octubre de 1998, 2 de enero y 24 de enero de 2001, en base a las cuales se instó la vacante, no puede tener influencia alguna en la resolución del concurso, porque debió dictarse antes de resolverse éste, lo que infringe lo dispuesto en los artículos 58 y 57.2 de la Ley 30/92, que, en cualquier caso, la resolución por la que se acordó el procedimiento de revisión de oficio, debió ser dictada por el Ministro y no, como lo fue, por el Secretario de Estado. Solicita, por último, la imposición de costas a la Administración, fundándose en el hecho de que la resolución del Secretario de Estado de Justicia, por la que se acordó

el iniciar la revisión de oficio de las resoluciones referidas tiene sello de salida del Ministerio del día 13 de octubre, posterior a la resolución del concurso y que se incorporó al expediente del concurso el día 29 de octubre, por lo que no pudo producir efectos en un concurso que ya había sido resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado el día 10 anterior.

El Abogado del Estado, por su parte, opone en primer lugar que el recurso carece de objeto, al haber terminado por Resolución de 19 de enero de 2004 el procedimiento de revisión de oficio con la declaración de nulidad de las disposiciones que autorizaban al ahora recurrente a participar en el concurso, y en todo caso opone la excepción de litispendencia para el caso de estar recurrida en vía jurisdiccional la Resolución de 19 de enero de 2004; considera que existe defecto legal en el modo de proponer la demanda porque el recurrente pide la adjudicación de la plaza, siendo así que sólo denuncia un defecto formal, la falta de notificación de la exclusión del concurso; opone la falta de legitimación del recurrente, por considerar que éste no recurrió la previa exclusión del concurso, y por tanto la consintió; y en cuanto al fondo, considera ajustada a derecho la resolución del concurso en base a los argumentos que obran en su escrito de contestación a la demanda unido a las actuaciones.

SEGUNDO. Para la adecuada resolución del presente recurso, conviene poner de relieve los siguientes antecedentes:

- Por Resolución de fecha 17 de junio de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se anuncia concurso para la provisión de notarías vacantes, en la que se hacía constar, en lo que interesa, que los Notarios podían solicitar en una única instancia las vacantes que pretendieran indicando el orden de preferencia si solicitaren más de una, aunque correspondan a turnos distintos y grupos diferentes y que las solicitudes debían presentarse en el plazo de quince días naturales a contar del siguiente a la publicación en el *BOE* de la convocatoria y debían reunir los requisitos establecidos en el artículo 94 del Reglamento Notarial, y que la resolución de la provisión de vacantes se publicaría en el *BOE* y se comunicaría a las Comunidades Autónomas afectadas a los efectos oportunos.
- A través de los escritos presentados por varios participantes en el concurso referido, cuya copia consta en el expediente administrativo, la Secretaría de Estado de Justicia tuvo conocimiento de hechos de los que podría deducirse la nulidad de una Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores Adscritos a la Dirección General, junto a las demás disposiciones dictadas en seguimiento de la citada Resolución, concretamente las Resoluciones de 2 de enero de 2001 y de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, por lo que se solicitó informe a la Abogacía General del Estado, que fue evacuado el 28 de julio de 2003, y se adjuntó un informe que el Consejo de Estado había emitido sobre esta cuestión de 23 de octubre de 1997.
- Por ello, y mediante Resolución de fecha 10 de octubre de 2003, el Secretario de Estado de Justicia acuerda que se inicie el procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones referidas, que, en definitiva, en principio permitían la participación en el concurso de Notarios cuyo resultado se cuestiona, a los Registradores asimilados a Notarios, entre los que se encontraba el ahora recurrente, y además se suspende la

ejecución de las mismas en base a los motivos reflejados en la propia resolución, y con fecha 24 de octubre de 2003 el Secretario General Técnico acuerda instruir el procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones referidas, según lo dispuesto en los artículos 102 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de su redacción de la Ley 4/99 de 13 de enero.

- Por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 10 de octubre de 2003, publicada en el *BOE* del 22 siguiente, se resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes convocado por Resolución de 17 de junio de 2003, adjudicándose la Notaría de Vitoria-Gasteiz, anunciada con el número 11 por traslado del señor Pobles Layunta, que había sido solicitada por el ahora recurrente, a otro concursante, concretamente, don X.
- Tras tramitarse el procedimiento de revisión de oficio, habiendo emitido, con fecha 15 de enero de 2004, Dictamen el Consejo de Estado, el 19 de enero de 2004, el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, dictó resolución acordando: «declarar que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, y asimismo, la Resolución de esta Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, en lo que se refiere a incluir en el escalafón notarial a tres Registradores adscritos a la citada Dirección General, al haber aplicado un derecho extinguido a personas que carecían de los requisitos esenciales para su adquisición, son nulos de pleno derecho, incurriendo en la causa de nulidad prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, por cuanto se trata de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición. Y en consecuencia, con la nulidad de las resoluciones anteriores que se declara, quedan sin efecto todos los actos por los que se hubiera reconocido o aplicado el derecho de asimilación».
- La sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de diciembre de 2005, anuló esta resolución por motivos formales, concretamente porque en la misma el Ministro de Justicia ejerce sus competencias en materia de revisión de oficio, delegándolas en el Secretario de Estado, cuando la competencia para la revisión de oficio es indelegable, sin pronunciarse sobre la legalidad y justificación del derecho a la asimilación.

TERCERO. La Abogacía del Estado opone, en primer lugar, que el recurso carece de objeto, al haber terminado por Resolución de 19 de enero de 2004, el procedimiento de revisión de oficio con la declaración de nulidad de las disposiciones que autorizaban al ahora recurrente a participar en el concurso, y tener efectos *ex tunc*. Pero el recurso no puede ser inadmitido por esa causa, puesto que al tiempo de interponerse el presente recurso, que es cuando ha de apreciarse la posible existencia de causas de inadmisibilidad, no había finalizado el procedimiento de revisión de oficio; y en cuanto a la oposición fundada en litipendencia para el caso de estar impugnada la Resolución de 10 de enero de 2004, por la que se declaró la nulidad de las disposiciones referidas que permitían el acceso al concurso a los Registradores de la Propiedad asimilados a Notarios, tampoco puede ser acogida, porque no concurre la nece-

saría de identidad de objeto, personas y calidad en que litigan que exige la ley, y porque, contra lo afirmado por la Administración, la resolución del concurso no depende del resultado del recurso contra la Resolución de 10 de enero de 2004, recurso, que como hemos dicho, fue efectivamente interpuesto por varios afectados y en el que ya se ha dictado sentencia, que ha sido aportada por el recurrente, anulando la resolución final del procedimiento de revisión.

Tampoco se aprecia en absoluto defecto legal en el modo de proponer la demanda porque el recurrente pida la adjudicación de la plaza denunciando la falta de notificación de la exclusión del concurso, y ello porque se esgrimen en el escrito de demanda otros argumentos en defensa de la pretensión del actor, además de éste. Y desde luego no existe falta de legitimación en el recurrente, por no haber recurrido la previa exclusión del concurso ya que precisamente, como veremos a continuación, no existió ni se notificó al ahora actor una previa resolución de exclusión que éste hubiera podido impugnar de forma independiente con anterioridad a la resolución del concurso.

CUARTO. La cuestión objeto de debate consiste, por tanto, en determinar si la resolución del concurso de Notarios referido, en lo que respecta a la adjudicación de la vacante de Vitoria-Gasteiz, anunciada con el número 11 al señor don X, adjudicación que pretende el ahora recurrente, y a la exclusión de este concurso por el inicio del procedimiento de revisión de oficio de las normas referidas, fueron ajustados a derecho.

Como hemos dicho, el recurrente, señor Díaz Fraile, solicitó dicha vacante mediante instancia presentada el 17 de julio de 2003, amparándose en la normativa entonces vigente que permitía su participación, constituida en esencia por:

- La Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, por la que se ordenó que en el próximo Escalafón de los Cuerpos de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles que elaborase esa Dirección, los solicitantes que procedieran del Cuerpo de Registradores ocuparan, en el Escalafón Notarial, el número que correspondiera según la antigüedad en la toma de posesión del cargo de Letrado, supeditándose la efectividad de dicha asimilación a la permanencia en el Centro Directivo durante al menos cinco años.
- La Resolución de 2 de enero de 2001 de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se acordaba: «...ordenar que sigan figurando los Notarios y Registradores adscritos en los escalafones de los Cuerpos a los que pertenecen por asimilación, en los términos resultantes de las vigentes Resoluciones de 29 de octubre de 1998 y 27 de mayo de 1999, debiéndose publicar así en lo sucesivo en los Anuarios y demás publicaciones oficiales donde se contengan».
- La Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, por la que se aprobó el Escalafón Notarial actualizado a 1 de enero de 2001, que se adjuntaba como Anexo a esa resolución, en el que estaba incluido el ahora recurrente con el número de escalafón 2.563.

En virtud de esta normativa, por la que se asimilaban a Notario a los Registradores de la Propiedad que hubieran estado adscritos como Letrados al menos cinco años a la DGRN, y se les incluía en el Escalafón de Notarios, el ahora recurrente, quien cumplía esas condiciones, estaba facultado para participar en el concurso de Notarios cuyo resultado se impugna, teniendo en

cuenta por otra parte, además, que la convocatoria del concurso no contenía ninguna previsión expresa contraria a la participación en el concurso de los Registradores asimilados a Notarios. Además no puede ponerse en duda que el ahora actor cumplía los requisitos que en cuanto a la presentación de la instancia para participar en el concurso (que figura en el expediente administrativo), se relacionan en el artículo 94 del Reglamento Notarial, que hace una única referencia al rechazo de instancias en los concursos al decir: «La instancia que no contenga los requisitos exigidos en las reglas cuarta y quinta, o los exprese inexactamente, se tendrá por no presentada...», siendo así que la instancia del recurrente no fue rechazada por no cumplir los requisitos exigidos.

Por tanto, la exclusión como participante en dicho concurso del ahora recurrente se debió al dictado de una resolución de inicio de un procedimiento de revisión de oficio de la normativa que le asimilaba a Notario, que fue emitida en la misma fecha en que se resolvió el concurso, resolución que no podía tener la consecuencia que la Administración le ha otorgado, esto es, la exclusión del concurso, puesto que la exclusión del concurso de quien inicialmente, a la fecha de expiración de la presentación de instancias, estaba facultado para ser aspirante a una de las vacantes supone la alteración o modificación de las Bases del Concurso de Notarios, y, en definitiva, es contraria a las mismas, que posibilitaban dicha participación y que no fueron impugnadas, como no consta tampoco que lo fuera en su día la inclusión en el Escalafón de Notarios de los Registradores de la Propiedad asimilados a Notarios.

En este sentido, para los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, el artículo 15 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y promoción profesional dispone en su apartado 4: «Las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas»; en el 5: «Las convocatorias o sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la LRJAP y PAC», previsiones que pueden entenderse de aplicación a los Notarios y Registradores por su condición de funcionarios públicos. Y dichas normas hacen referencia al procedimiento para la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y de los anulables, regulado en los artículos 102 y 103, procedimiento que no fue respetado, lo cual supuso una auténtica modificación o revisión de la posibilidad de concursar que tenían los Registradores asimilados a Notarios, fuera de los cauces legales, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

En efecto, la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones que permitían participar a los Registradores de la Propiedad por asimilación a Notarios en este concurso y la suspensión de los efectos de esas resoluciones, ambas acordadas a la vez, por Resolución de 10 de octubre de 2003, la misma fecha en que se resolvió el concurso, no podían conllevar la exclusión de la participación del ahora recurrente, por cuanto se debió esperar a la resolución de ese procedimiento de revisión de oficio, después de su correcta tramitación, y tras la emisión de los dictámenes preceptivos, procedimiento regulado en la Ley 30/92, cuyo artículo 102 dice: 1. Las Administraciones Públicas podrán, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1, que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso

administrativo en plazo. 2. El procedimiento de revisión de oficio, fundado en una causa de nulidad, se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de esta Ley. En todo caso, la resolución que recaiga requiere dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, y no es susceptible de recurso administrativo alguno, sin perjuicio de la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Por otra parte, y en cuanto a la suspensión de las resoluciones sometidas a revisión, tampoco podía conllevar la exclusión del recurrente del concurso. En efecto, el artículo 104 establece al respecto: «Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación». En el caso que nos ocupa, la suspensión se acordó simultáneamente a la iniciación, siendo así que el precepto referido parece establecer una diferenciación entre ambos actos, el de inicio de un procedimiento de revisión y, una vez iniciado, el posterior de suspensión, en su caso, del acto sometido a revisión. Por otra parte, los motivos de suspensión esgrimidos por la Administración no tenían, a nuestro juicio, peso suficiente para acordar la misma, puesto que en este caso, el solicitante de la vacante y ahora recurrente hizo constar en su instancia que, de serle adjudicada una de las solicitudes, optaba por continuar como Registrador de la Propiedad, por lo que los perjuicios de que habla la resolución de suspensión no iban a producirse.

En definitiva, a la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias, que es la que ha de tomarse en cuenta para determinar la concurrencia de las condiciones de admisión, dado, como hemos dicho, que no se establecía nada en contrario en las Bases y que la normativa constituida por la Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores Adscritos a la Dirección General, y las Resoluciones de 2 de enero de 2001 y de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, que asimilaba a los Registradores de la Propiedad a Notarios y por la cual se incluyeron en el Escalafón de Notarios entre otros, al ahora recurrente, estaban en vigor, la participación del señor Díaz Fraile en el concurso de Notarios cuyo resultado se impugna, a dicha fecha, no podía ser cuestionada.

El propio dictamen del Consejo de Estado emitido en el seno del procedimiento de revisión de la normativa, tantas veces referida, expresa que ha de declararse la nulidad de la misma (véase pág. 28 del dictamen): «...para evitar en el futuro previsible conflictos e incidencias de los respectivos concursos a plazas de Notarios y Registradores...», lo que pone de manifiesto que en todo caso la nulidad de la normativa sometida a revisión, no podía afectar a concursos anteriores a la declaración de nulidad, como el que ahora nos ocupa.

QUINTO. El recurrente interesa en el suplico que le sea adjudicada una concreta vacante de las anunciadas en el concurso de constante referencia, que fue adjudicada a otro concursante, pero esta pretensión no puede ser estimada por cuanto, si bien ninguno de los dos aspirantes —el ahora recurrente y el que resultó adjudicatario de la vacante pretendida por el actor— tenían antigüedad en el turno de la clase primera, y que el adjudicatario tenía un número más alto en el escalafón que el ahora recurrente, lo cierto es que no podemos tener la certeza de que le hubiera correspondido la concreta vacante que pretendía al resolver el concurso, y ello por varias razones, como la de que no hay constancia de que cumpliera todos los requisitos para optar

a una Notaría de primera, o la posible existencia de otros recurrentes en la misma situación que el ahora actor, o de otros concursantes que pudieran tener mejor derecho que el ahora actor, por lo que, como decimos, no puede estimarse esta pretensión, debiendo estimarse el recurso en el sentido de declarar el derecho del recurrente a no ser excluido del concurso y a que la DGRN le adjudique la vacante que, de haber sido admitido, le correspondiera.

SEXTO. Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general aplicación por la potestad que nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que estimando con la extensión reflejada en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución, el recurso contencioso-administrativo número 2940/03, promovido por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Díaz en nombre y representación de don Juan M.^a Díaz Fraile, contra la Resolución reflejada en el Fundamento de Derecho Primero, debemos declarar y declaramos que la citada Resolución es contraria a Derecho, en el particular relativo a no haberse adjudicado ninguna vacante al ahora recurrente, y reconocemos el derecho del actor a que por la Administración demandada le sea adjudicada la vacante que le corresponda. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de recursos que establece el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrado Ilma. Señora doña Amaya Martínez Álvarez, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretaria de la misma, doy fe.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SÉPTIMA.

PUBLICACIÓN: Firmada la precedente sentencia es entregada en esta Secretaría para su notificación el día 4 de julio de 2006, dándosele publicidad en legal forma y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo, doy fe.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID,
DE 13 DE OCTUBRE DE 2006.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SÉPTIMA**

Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Francisco Javier Gómez Gállico, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 2003, por la que se había resuelto el concurso de provisión de Notarías vacantes convocado por Resolución de 17 de junio de 2003, y en la que no se había tomado en consideración su instancia; y se ordena que se le adjudique en dicho concurso una plaza al recurrente. La sentencia considera en vigor las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores adscritos.

Recurso número 2939/03.

Ponente: Señora Martínez Álvarez.

Ilma. Señora Presidenta:

Doña M.^a del Camino Vázquez Castellanos.

Ilmos. Señores Magistrados:

Doña Mercedes Moradas Blanco.

Doña M.^a Jesús Muriel Alonso.

Don José Luis Aulet Barros.

Don Santiago de Andrés Fuentes.

Doña Carmen Álvarez Theurer.

Doña Amaya Martínez Álvarez.

En la Villa de Madrid, a 13 de octubre de dos mil seis.

VISTO el recurso contencioso-administrativo número 2939/03, seguido ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Díaz en nombre y representación de don Francisco Javier Gómez Gállico contra Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 10 de octubre de 2003, por la que se resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes que había sido convocado por Resolución de 17 de junio de 2003. Habiendo sido parte la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso, se reclamó el expediente a la Administración y, siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte demandante para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que expuso los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se anule la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, de 10 de octubre de 2003, en el extremo en que, resolviendo el concurso convocado por anterior Resolución de la propia Dirección General de

los Registros y del Notariado, de 17 de octubre de 2003, acordó adjudicar la Notaría vacante de Vitoria-Gasteiz, por traslado del señor Durán Brujas a don Rafael Sebastián Ferrer Molina, declarando el derecho de mi representado a que le sea adjudicada la referida vacante con preferencia a don Rafael Sebastián Ferrer Molina. Con expresa condena en costas a la Administración demandada.

SEGUNDO. El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma conforme a los fundamentos que alegó, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO. Concluido el procedimiento, se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 11 del mes de octubre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Habiendo sido Ponente la Magistrada Ilma. Señora doña Amaya Martínez Álvarez, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo número 2939/03, promovido por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Díaz en nombre y representación de don Francisco Javier Gómez Gállico, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 22 de octubre de 2003, por la que se resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes convocado por Resolución de 17 de junio de 2003.

El recurrente considera que en el concurso referido debió haberle sido adjudicada una vacante de Vitoria-Gasteiz, que sin embargo fue adjudicada a don Rafael Sebastián Ferrer Molina, con número de escalafón más alto por lo que estima infringido lo dispuesto en el artículo 91 del Reglamento Notarial, que determina que la antigüedad se determina por el número de Escalafón; que la Administración no acordó y notificó la exclusión del recurrente de su participación en el concurso con anterioridad a ser resuelto el mismo, y que la nota instructiva emitida el mismo día de la resolución del concurso, 10 de octubre de 2003, que declara la exclusión del concurso del ahora recurrente por iniciarse con esa misma fecha un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de las Resoluciones de 29 de octubre de 1998, 2 de enero y 24 de enero de 2001 en base a las cuales se instó la vacante, no puede tener influencia alguna en la resolución del concurso, porque debió dictarse antes de resolverse éste, lo que infringe lo dispuesto en los artículos 58 y 57.2 de la Ley 30/92; que, en cualquier caso, la resolución por la que se acordó el procedimiento de revisión de oficio debió ser dictada por el Ministro y no, como lo fue, por el Secretario de Estado. Solicita por último la imposición de costas a la Administración, fundándose en el hecho de que la resolución del Secretario de Estado de Justicia, por la que se acordó el iniciar la revisión de oficio de las resoluciones referidas tiene sello de salida del Ministerio del día 13 de octubre, posterior a la resolución del concurso y que se incorporó al expediente del concurso el día 29 de octubre, por lo que no pudo producir efectos en un concurso que ya había sido resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado el día 10 anterior.

El Abogado del Estado, por su parte, opone, en primer lugar, que el recurso carece de objeto, al haber terminado por Resolución de 19 de enero de 2004, el procedimiento de revisión de oficio con la declaración de nulidad de

las disposiciones que autorizaban al ahora recurrente a participar en el concurso, y en todo caso opone la excepción de litispendencia para el caso de estar recurrida en vía jurisdiccional la Resolución de 19 de enero de 2004; considera que existe defecto legal en el modo de proponer la demanda porque el recurrente pide la adjudicación de la plaza siendo así que sólo denuncia un defecto formal, la falta de notificación de la exclusión del concurso; opone la falta de legitimación del recurrente, por considerar que éste no recurrió la previa exclusión del concurso, y por tanto la consintió; y en cuanto al fondo, considera ajustada a derecho la resolución del concurso en base a los argumentos que obran en su escrito de contestación a la demanda unido a las actuaciones.

SEGUNDO. Para la adecuada resolución del presente recurso, conviene poner de relieve los siguientes antecedentes:

- Por Resolución de fecha 17 de junio de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se anuncia concurso para la provisión de Notarías vacantes, en la que se hacía constar, en lo que interesa, que los Notarios podían solicitar, en una única instancia, las vacantes que pretendieran indicando el orden de preferencia si solicitaren más de una, aunque correspondan a turnos distintos y grupos diferentes, y que las solicitudes debían presentarse en el plazo de quince días naturales a contar del siguiente a la publicación en el *BOE* de la convocatoria y debían reunir los requisitos establecidos en el artículo 94 del Reglamento Notarial, y que la resolución de la provisión de vacantes se publicaría en el *BOE* y se comunicaría a las Comunidades Autónomas afectadas a los efectos oportunos.
- A través de los escritos presentados por varios participantes en el concurso referido, cuya copia consta en el expediente administrativo, la Secretaría de Estado de Justicia tuvo conocimiento de hechos de los que consideró podría deducirse la nulidad de una Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores Adscritos a la Dirección General, junto a las demás disposiciones dictadas en seguimiento de la citada Resolución, concretamente las Resoluciones de 2 de enero de 2001 y de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, por lo que se solicitó informe a la Abogacía General del Estado, que fue evacuado el 28 de julio de 2003, y se adjuntó un informe que el Consejo de Estado había emitido sobre esta cuestión de 23 de octubre de 1997.
- Por ello, y mediante Resolución de fecha 10 de octubre de 2003, el Secretario de Estado de Justicia acuerda que se inicie el procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones referidas, que, en definitiva, en principio permitían la participación en el concurso de Notarios cuyo resultado se cuestiona, a los Registradores asimilados a Notarios, entre los que se encontraba el ahora recurrente, y además se suspende la ejecución de las mismas en base a los motivos reflejados en la propia resolución, y con fecha 24 de octubre de 2003, el Secretario General Técnico acuerda instruir el procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones referidas, según lo dispuesto en los artículos 102 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de su redacción de la Ley 4/99, de 13 de enero.
- Por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de octubre de 2003, publicada en el *BOE* del 22 si-

guiente, se resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes convocado por Resolución de 17 de junio de 2003, adjudicándose la Notaría de Vitoria-Gasteiz, anunciada con el número 10 por traslado del señor Durán Brujas, que había sido solicitada por el ahora recurrente, a otro concursante, concretamente don Rafael Sebastián Ferrer Molina.

- Tras tramitarse el procedimiento de revisión de oficio, habiendo emitido con fecha 15 de enero de 2004 Dictamen el Consejo de Estado, el 19 de enero de 2004, el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, dictó Resolución acordando: «...declarar que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, y asimismo, la Resolución de esta Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, en lo que se refiere a incluir en el escalafón notarial a tres Registradores adscritos a la citada Dirección General, al haber aplicado un derecho extinguido a personas que carecían de los requisitos esenciales para su adquisición, son nulos de pleno derecho, incurriendo en la causa de nulidad prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, por cuanto se trata de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición. Y en consecuencia, con la nulidad de las resoluciones anteriores que se declara, quedan sin efecto todos los actos por los que se hubiera reconocido o aplicado el derecho de asimilación».
- La sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de diciembre de 2005, anuló esta resolución por motivos formales, concretamente porque en la misma el Ministro de Justicia ejerce sus competencias en materia de revisión de oficio delegándolas en el Secretario de Estado, cuando la competencia para la revisión de oficio es indelegable, sin pronunciarse sobre la legalidad y justificación del derecho a la asimilación.

TERCERO. La Abogacía del Estado opone en primer lugar que el recurso carece de objeto, al haber terminado por Resolución de 19 de enero de 2004, el procedimiento de revisión de oficio con la declaración de nulidad de las disposiciones que autorizaban al ahora recurrente a participar en el concurso, y tener efectos *ex tunc*. Pero el recurso no puede ser inadmitido por esa causa, puesto que al tiempo de interponerse el presente recurso contencioso-administrativo, que es cuando ha de apreciarse la posible existencia de causas de inadmisibilidad, no había finalizado el procedimiento de revisión de oficio; y en cuanto a la oposición fundada en litispendencia para el caso de estar impugnada la Resolución de 10 de enero de 2004, por la que se declaró la nulidad de las disposiciones referidas que permitían el acceso al concurso a los Registradores de la Propiedad asimilados a Notarios, tampoco puede ser acogida, porque no concurre la necesaria de identidad de objeto, personas y calidad en que litigan que exige la ley, y porque, contra lo afirmado por la Administración, la resolución del concurso no depende del resultado del recurso contra la Resolución de 10 de enero de 2004, recurso que, como hemos dicho, fue efectivamente interpuesto por varios afectados y en el que ya se ha dictado sentencia, que ha sido aportada por el recurrente, anulando la resolución final del procedimiento de revisión.

Tampoco se aprecia en absoluto defecto legal en el modo de proponer la demanda porque el recurrente pida la adjudicación de la plaza denunciando la falta de notificación de la exclusión del concurso, y ello porque se esgrimen en el escrito de demanda otros argumentos en defensa de la pretensión del actor, además de éste. Y desde luego no existe falta de legitimación en el recurrente, por no haber recurrido la previa exclusión del concurso ya que precisamente, como veremos a continuación, no existió ni se notificó al ahora actor una previa resolución de exclusión que éste hubiera podido impugnar de forma independiente con anterioridad a la resolución del concurso.

CUARTO. La cuestión objeto de debate consiste por tanto en determinar si la resolución del concurso de Notarios referido, en lo que respecta a la adjudicación de la vacante de Vitoria-Gasteiz anunciada con el número 10, al señor Ferrer Molina, adjudicación que pretende el ahora recurrente, y a la exclusión de éste del concurso por el inicio del procedimiento de revisión de oficio de las normas referidas fueron ajustados a derecho.

El recurrente, señor Gómez Gállego, solicitó dicha vacante mediante instancia presentada el día 14 de julio de 2003, amparándose en la normativa entonces vigente que permitía su participación, constituida en esencia por:

- La Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, por la que se ordenó que en el próximo Escalafón de los Cuerpos de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles que elaborase esa Dirección, los solicitantes que procedieran del Cuerpo de Registradores, ocuparan en el Escalafón Notarial el número que correspondiera según la antigüedad en la toma de posesión del cargo de Letrado, supeditándose la efectividad de dicha asimilación a la permanencia en el Centro Directivo durante al menos cinco años.
- La Resolución de 2 de enero de 2001, de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se acordaba: «...ordenar que sigan figurando los Notarios y Registradores adscritos en los escalafones de los Cuerpos a los que pertenecen por asimilación, en los términos resultantes de las vigentes Resoluciones de 29 de octubre de 1998 y 27 de mayo de 1999, debiéndose publicar así, en lo sucesivo, en los Anuarios y demás publicaciones oficiales donde se contengan».
- La Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, por la que se aprobó el Escalafón Notarial actualizado a 1 de enero de 2001, que se adjuntaba como Anexo a esa resolución, en el que estaba incluido el ahora recurrente con el número de escalafón 2.563.

En virtud de esta normativa, por la que se asimilaban a Notario a los Registradores de la Propiedad que hubieran estado adscritos como Letrados al menos cinco años a la DGRN, y se les incluía en el Escalafón de Notarios, el ahora recurrente, quien cumplía esas condiciones, estaba facultado para participar en el concurso de Notarios cuyo resultado se impugna, teniendo en cuenta, por otra parte, además, que la convocatoria del concurso no contenía ninguna previsión expresa contraria a la participación en el concurso de los Registradores asimilados a Notarios. Además no puede ponerse en duda que el ahora actor cumplía los requisitos que en cuanto a la presentación de la instancia para participar en el concurso (que figura en el expediente administrativo), se relacionan en el artículo 94 del Reglamento Notarial, que hace una única referencia al rechazo de instancias en los concursos al decir: «La instan-

cia que no contenga los requisitos exigidos en las reglas cuarta y quinta, o los exprese inexactamente, se tendrá por no presentada...», siendo así que la instancia del recurrente no fue rechazada por no cumplir los requisitos exigidos.

Por tanto, la exclusión como participante en dicho concurso del ahora recurrente se debió al dictado de una resolución de inicio de un procedimiento de revisión de oficio de la normativa que le asimilaba a Notario, que fue emitida en la misma fecha en que se resolvió el concurso, resolución que no podía tener la consecuencia que la Administración le ha otorgado, esto es, la exclusión del concurso, puesto que la exclusión del concurso de quien inicialmente, a la fecha de expiración de la presentación de instancias, estaba facultado para ser aspirante a una de las vacantes supone la alteración o modificación de las Bases del Concurso de Notarios, y, en definitiva, es contraria a las mismas, que posibilitaban dicha participación y que no fueron impugnadas, como no consta tampoco que lo fuera en su día la inclusión en el Escalafón de Notarios de los Registradores de la Propiedad asimilados a Notarios.

En este sentido, para los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, el artículo 15 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y promoción profesional dispone en su apartado 4: «Las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas; en el 5: «Las convocatorias o sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la LRJAP y PAC», previsiones que pueden entenderse de aplicación a los Notarios y Registradores, por su condición de funcionarios públicos. Y dichas normas hacen referencia al procedimiento para la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y de los anulables, regulado en los artículos 102 y 103, procedimiento que no fue respetado, lo cual supuso una auténtica modificación o revisión de la posibilidad de concursar que tenían los Registradores asimilados a Notarios, fuera de los cauces legales, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

En efecto, la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones que permitían participar a los Registradores de la Propiedad por asimilación a Notarios en este concurso y la suspensión de los efectos de esas Resoluciones, ambas acordadas, a la vez, por Resolución de 10 de octubre de 2003, la misma fecha en que se resolvió el concurso, no podían conllevar la exclusión de la participación del ahora recurrente, por cuanto se debió esperar a la resolución de ese procedimiento de revisión de oficio, después de su correcta tramitación, y tras la emisión de los dictámenes preceptivos, procedimiento regulado en la Ley 30/92, cuyo artículo 102 dice: 1. Las Administraciones Públicas podrán, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1, que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo. 2. El procedimiento de revisión de oficio, fundado en una causa de nulidad, se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de esta Ley. En todo caso, la resolución que recaiga requiere dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, y no es susceptible de recurso administrativo alguno, sin perjuicio de la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Por otra parte, y en cuanto a la suspensión de las resoluciones

sometidas a revisión, tampoco podía conllevar la exclusión del recurrente del concurso. En efecto, el artículo 104 establece al respecto: «Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente, para resolver, podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación». En el caso que nos ocupa, la suspensión se acordó simultáneamente a la iniciación, siendo así que el precepto referido parece establecer una diferenciación entre ambos actos, el de inicio de un procedimiento de revisión y, una vez iniciado, el posterior de suspensión, en su caso, del acto sometido a revisión. Por otra parte, los motivos de suspensión esgrimidos por la Administración no tenían, a nuestro juicio, peso suficiente para acordar la misma, puesto que en este caso, el solicitante de la vacante y ahora recurrente hizo constar en su instancia que estaba en excedencia, por lo que cabía la posibilidad de que siguiera en esa situación, sin que existiera la certeza de que los perjuicios de que habla la resolución de suspensión fueran a producirse.

En definitiva, a la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias, que es la que ha de tomarse en cuenta para determinar la concurrencia de las condiciones de admisión, dado, como hemos dicho, que no se establecía nada en contrario en las Bases y que la normativa constituida por la Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores Adscritos a la Dirección General, y las Resoluciones de 2 de enero de 2001, y de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, que asimilaba a los Registradores de la Propiedad a Notarios y por la cual se incluyeron en el Escalafón de Notarios entre otros, el ahora recurrente, estaban en vigor, la participación del señor Gómez Gállego en el concurso de Notarios cuyo resultado se impugna, a dicha fecha, no podía ser cuestionada.

El propio dictamen del Consejo de Estado emitido en el seno del procedimiento de revisión de la normativa, tantas veces referida, expresa que ha de declararse la nulidad de la misma (véase pág. 28 del dictamen): «...para evitar en el futuro previsibles conflictos e incidencias de los respectivos concursos a plazas de Notarios y Registradores...», lo que pone de manifiesto que, en todo caso, la nulidad de la normativa sometida a revisión no podía afectar a concursos anteriores a la declaración de nulidad, como el que ahora nos ocupa.

QUINTO. El recurrente interesa en el suplico que le sea adjudicada una concreta vacante de las anunciadas en el concurso de constante referencia, que fue adjudicada a otro concursante, pero esta pretensión no puede ser estimada por cuanto aunque el adjudicatario de la vacante que se discute tenía un número más alto en el escalafón que el ahora recurrente, lo cierto es que no podemos tener la certeza de que le hubiera correspondido la concreta vacante que pretendía al resolver el concurso, y ello por varias razones, como la de que no hay constancia de que cumpliera todos los requisitos para optar a una Notaría de primera, o la posible existencia de otros recurrentes en la misma situación que el ahora actor, o de otros concursantes que pudieran tener mejor derecho que el ahora actor, por lo que, como decimos, no puede estimarse esta pretensión, debiendo estimarse el recurso en el sentido de declarar el derecho del recurrente a no ser excluido del concurso y a que la DGRN le adjudique la vacante que, de haber sido admitido, le correspondiera.

SEXTO. Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general aplicación. Por la potestad que nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Que estimando con la extensión reflejada en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución, el recurso contencioso-administrativo número 2939/03, promovido por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Díaz, en nombre y representación de don Francisco Javier Gómez Gállico, contra la Resolución reflejada en el Fundamento de Derecho Primero, debemos declarar y declaramos que la citada Resolución es contraria a Derecho, en el particular relativo a no haberse adjudicado ninguna vacante al ahora recurrente, y reconocemos el derecho del actor a que por la Administración demandada le sea adjudicada la vacante que le hubiera correspondido. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de recursos que establece el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ilma. Señora doña Amaya Martínez Álvarez, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretaria de la misma, doy fe.

*SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID,
DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2007.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SÉPTIMA*

Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Ana Fernández Tresguerres, Notario adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de octubre y 7 de noviembre de 2003, por las que se excluyó a la recurrente y se resolvió el concurso de Registros para la provisión de Registros vacantes convocado por Resolución de 10 de junio de 2003, sin tener en consideración su solicitud, y se ordena que se le adjudique en dicho concurso la plaza que corresponda a la recurrente. La sentencia considera en vigor las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores adscritos.

Recurso número 2886/03.
Ponente: Señora Muriel Alonso.

Sentencia número
Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Sección Séptima.
Ilma. Señora Presidenta:
Doña M.^a del Camino Vázquez Castellanos.
Ilmos. Señores Magistrados:
Doña Mercedes Moradas Blanco.
Doña M.^a Jesús Muriel Alonso.
Don José Luis Aulet Barros.
Don Santiago de Andrés Fuentes.
Doña Carmen Álvarez Theurer.

En la Villa de Madrid, a veintisiete de noviembre del año dos mil siete.

VISTO el recurso contencioso-administrativo número 2.886/03, seguido ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el Procurador de los Tribunales don Isacio Calleja García, en nombre y representación de doña Ana Blanca Fernández-Tresguerres García contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de octubre de 2003 y de 7 de noviembre de 2003, por las que se excluía la instancia de la recurrente y se resolvía el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 10 de junio de 2003.

Habiendo sido parte la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado, y como coadyuvantes doña Adelaida Sánchez Rus y doña María del Mar Linares Fernández, representadas por el Procurador don Manuel Lanchares Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso, se reclamó el expediente a la Administración y, siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte demandante para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que expuso los Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se anulen las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, de 10 de octubre de 2003 y 7 de noviembre de 2003, en el extremo en que, resolviendo el concurso convocado por anterior Resolución de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de junio de 2003, excluyó la instancia por ella presentada y condene a la Administración demandada a dictar nueva resolución, declarando su derecho a que le sea adjudicada la vacante que le corresponda. Con expresa condena en costas a la Administración demandada.

SEGUNDO. El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma conforme a los fundamentos que alegó, solicitando la confirmación de la resolución recurrida, y en similar sentido, contestaron los codemandados.

TERCERO. Concluido el procedimiento, se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 21 del mes de noviembre, en que ha tenido lugar.

Habiendo sido Ponente la Magistrada Ilma. Señora doña M.^a Jesús Muriel Alonso, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Son objeto del presente recurso contencioso-administrativo número 2886/03, promovido por el Procurador de los Tribunales don Isacio Calleja García, en nombre y representación de doña Ana-Blanca Fernández-Tresguerres García, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de octubre de 2003, por la que se excluía la instancia presentada por la recurrente para participar en el concurso número 263 para la cobertura de vacantes en Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de la DGRN, de 10 de junio de 2003, y la Resolución de dicha Dirección General dictada con fecha 7 de noviembre de 2003 por la que se resuelve el referido concurso.

La recurrente considera que en el concurso referido debió haberle sido adjudicada una de las vacantes por ella solicitadas, que sin embargo no le fue adjudicada; señala que la Resolución de 10 de octubre de 2003, que declara su exclusión del concurso por iniciarse con esa misma fecha un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de las Resoluciones de 29 de octubre de 1998, 2 de enero y 24 de enero de 2001, en base a las cuales se instó la vacante, no puede tener influencia alguna en la resolución del concurso, toda vez que en el momento de presentación de la instancia, ni se había iniciado expediente de revisión de oficio, ni se había declarado nulidad alguna, lo que infringe lo dispuesto en los artículos 58 y 57.2 de la Ley 30/82 que, con independencia de lo que se resuelva en el recurso contra la resolución por la que se acordó el procedimiento de revisión de oficio, que debió ser dictada por el Ministro y no, como lo fue, por el Secretario de Estado, las resoluciones impugnadas son nulas por incurrir en desviación de poder al haber anticipado sus efectos en perjuicio de la recurrente.

Por ello, solicita la anulación de dichos actos administrativos, condenando a la Administración demandada a dictar nueva resolución del concurso número 263, en la que ha de tener en consideración su instancia presentada el 11 de julio de 2003.

El Abogado del Estado, por su parte, opone, en primer lugar, que el recurso carece de objeto, al haber terminado por Resolución de 19 de enero de 2004, el procedimiento de revisión de oficio con la declaración de nulidad de las disposiciones que autorizaban a la ahora recurrente a participar en el concurso, y en todo caso opone la excepción de litispendencia para el caso de estar recurrida en vía jurisdiccional la Resolución de 19 de enero de 2004; y en cuanto al fondo, considera ajustada a derecho la resolución del concurso en base a los argumentos que obran en su escrito de contestación a la demanda unido a las actuaciones.

En similar sentido se manifiestan las coadyuvantes.

SEGUNDO. Para la adecuada resolución del presente recurso, conviene poner de relieve los siguientes antecedentes:

- Por Resolución de fecha de 10 de junio de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*BOE* de 26 de junio), se anuncia concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles vacantes, en la que se hacía constar, en lo que inte-

resa, que los registradores podían solicitar en una única instancia las vacantes que pretendieran, indicando el orden de preferencia si solicitaran más de una, aunque correspondan a turnos distintos y grupos diferentes y que las solicitudes debían presentarse en el plazo de quince días naturales a contar del siguiente a la publicación en el *BOE* de la convocatoria y debían el número y la fecha del documento nacional de identidad, y que la resolución de la provisión de vacantes se publicaría en el *BOE* y se comunicaría a las Comunidades Autónomas afectadas a los efectos oportunos.

- A través de los escritos presentados por varios participantes en el concurso referido, cuya copia consta en el expediente administrativo, la Secretaría de Estado de Justicia tuvo conocimiento de hechos de los que podría deducirse la nulidad de una Resolución de la Dirección General de 29 de octubre de 1998 sobre asimilación de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General, junto a las demás disposiciones dictadas en seguimiento de la citada resolución, concretamente las Resoluciones de 2 de enero de 2001 y de la Secretaría de Estado de Justicia de 24 de enero de 2001, por lo que se solicitó informe a la Abogacía General del Estado, que fue evacuado el 28 de julio de 2003, y se adjuntó un informe que el Consejo de Estado había emitido sobre esta cuestión de 23 de octubre de 1997.
- Por ello y mediante Resolución de fecha 10 de octubre de 2003, el Secretario de Estado de Justicia acuerda que se inicie el procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones referidas, que, en definitiva, en principio permitan la participación en el concurso de registradores cuyo resultado se cuestiona, a los notarios asimilados a registradores, entre los que se encontraba la ahora recurrente, y además se suspende la ejecución de las mismas en base a los motivos reflejados en la propia resolución, y con fecha 24 de octubre de 2003, el Secretario General Técnico acuerda instruir el procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones referidas, según lo dispuesto en los artículos 102 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de su redacción de la Ley 4/99 de 13 de enero.
- La hoy recurrente presenta su instancia el 11 de julio de 2003. Por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de octubre de 2003, se le excluye de su participación en el referido concurso por Resolución de 7 de noviembre de 2003, publicada en el *BOE* del 25 siguiente, se resuelve el concurso para la provisión de Registros vacantes convocado por Resolución de 10 de junio de 2003, excluyéndose a la recurrente.
- Tras tramitarse el procedimiento de revisión de oficio, habiendo emitido con fecha 15 de enero de 2004, dictamen el Consejo de Estado, el 19 de enero de 2004, el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, dictó Resolución acordando: «...declarar que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, y asimismo, la Resolución de esta Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, en lo que se refiere a incluir en el escalafón notarial a tres Registradores adscritos a la citada Dirección General, al haber aplicado un derecho extinguido a personas que carecían de los requisitos esenciales para su adquisición, son nulos de pleno derecho, incurriendo en la causa de

nulidad prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, por cuanto se trata de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición. Y en consecuencia, con la nulidad de las resoluciones anteriores que se declara, quedan sin efecto todos los actos por los que se hubiera reconocido o aplicado el derecho de asimilación».

- La sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de diciembre de 2005, anuló esta resolución por motivos formales, concretamente porque en la misma el Ministro de Justicia ejerce sus competencias en materia de revisión de oficio delegándolas en el Secretario de Estado, cuando la competencia para la revisión de oficio es indelegable, sin pronunciarse sobre la legalidad y justificación del derecho a la asimilación.

TERCERO. La Abogacía del Estado opone, en primer lugar, que el recurso carece de objeto, al haber terminado por Resolución de 19 de enero de 2004, el procedimiento de revisión de oficio con la declaración de nulidad de las disposiciones que autorizaban a la ahora recurrente a participar en el concurso y tener efectos *ex tunc*.

Sin embargo, entendemos que el recurso no puede ser inadmitido por esa causa, puesto que al tiempo de interponerse el presente recurso, que es cuando ha de apreciarse la posible existencia de causas de inadmisibilidad, no había finalizado el procedimiento de revisión de oficio; y en cuanto a la oposición fundada en litispendencia para el caso de estar impugnada la Resolución de 19 de enero de 2004, por la que se declara la nulidad de las disposiciones referidas que permitían el acceso al concurso a los Registradores de la Propiedad asimilados a Notarios, tampoco puede ser acogida, porque no concurre la necesaria de identidad de objeto, personas y calidad en que litigan que exige la ley, y porque, contra lo afirmado por la Administración, la resolución del concurso no depende del resultado del recurso contra la Resolución de 19 de enero de 2004, recurso que, como hemos dicho, fue efectivamente interpuesto por varios afectados y en el que ya se ha dictado sentencia, anulando la resolución final del procedimiento de revisión.

CUARTO. Entrando, por tanto, en el fondo del asunto, se ha de indicar que la cuestión objeto de debate consiste, por tanto, en determinar si las resoluciones dictadas en el seno del concurso de registradores referido, en lo que respecta a la exclusión de la hoy recurrente del concurso por el inicio del procedimiento de revisión de oficio de las normas referidas, fueron ajustadas a derecho.

Como hemos dicho, la recurrente, señora Fernández-Tresguerres, solicitó participar en el referido concurso mediante instancia presentada el 11 de julio de 2003, amparándose en la normativa entonces vigente que permitía su participación, constituida en esencia por:

- La Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, por la que se ordenó que en el próximo Escalafón de los Cuerpos de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles que elaborase esa Dirección, los solicitantes, que procedieran del Cuerpo de Registradores, ocuparan en el Escalafón Notarial el número que correspondiera según la antigüedad en la toma de posesión del cargo de Letrado, supeditándose la efectividad de dicha asimilación a la permanencia en el Centro Directivo durante al menos cinco años.

- La Resolución de 2 de enero de 2001, de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que se acordaba: «...ordenar que sigan figurando los Notarios y Registradores adscritos en los escalafones de los Cuerpos a los que pertenecen por asimilación, en los términos resultantes de las vigentes Resoluciones de 29 de octubre de 1998 y 27 de mayo de 1999, debiéndose publicar así en lo sucesivo en los Anuarios y demás publicaciones oficiales donde se contengan».
- La Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, por la que se aprobó el Escalafón Notarial actualizado a 1 de enero de 2001, así como el escalafonamiento en el Cuerpo de Registradores de la hoy recurrente sin que haya sido impugnado. En virtud de esta normativa, por la que se asimilaban a Registradores a los notarios que hubieran estado adscritos como Letrados al menos cinco años a la DGRN, y se les incluía en el Escalafón de Registradores, la ahora recurrente, quien cumplía esas condiciones, estaba facultada para participar en el concurso de Registradores cuyo resultado se impugna, teniendo en cuenta, por otra parte, además, que la convocatoria del concurso no contenía ninguna previsión expresa contraria a la participación en el concurso de los Notarios asimilados a Registradores. Además no puede ponerse en duda que la ahora actora cumplía los requisitos que en cuanto a la presentación de la instancia para participar en el concurso (que figura en el expediente administrativo), se relacionan en el artículo 496 y 498 del Reglamento Hipotecario, que hace una única referencia al rechazo de instancias en los concursos al decir: «La instancia que no contenga los requisitos exigidos en las reglas cuarta y quinta, o los exprese inexactamente, se tendrá por no presentada», siendo así que la instancia del recurrente no fue rechazada por no cumplir los requisitos exigidos.

Por tanto, la exclusión como participante en dicho concurso de la ahora recurrente se debió al dictado de una resolución de inicio de un procedimiento de revisión de oficio de la normativa que le asimilaba a Registrador, que fue emitida durante la resolución del concurso, resolución que no podía tener la consecuencia que la Administración le ha otorgado, esto es, la exclusión del concurso, puesto que la exclusión del concurso de quien inicialmente, a la fecha de expiración de la presentación de instancias, estaba facultado para ser aspirante a una de las vacantes, supone la alteración o modificación de las Bases del Concurso de Registradores, y, en definitiva, es contraria a las mismas, que posibilitaban dicha participación y que no fueron impugnadas, como no consta tampoco que lo fuera en su día la inclusión en el Escalafón de Registradores de los Notarios asimilados a Registradores.

En este sentido, para los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, el artículo 15 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y promoción profesional dispone en su apartado 4: «Las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas; en el 5: «Las convocatorias o sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la LRJAP y PAC» previsiones que pueden entenderse de aplicación a los Notarios y Registradores por su condición de funcionarios públicos.

Y dichas normas hacen referencia al procedimiento para la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y de los anulables, regulado en los artículos 102 y 103, procedimiento que no fue respetado, lo cual supuso una auténtica modificación o revisión de la posibilidad de concursar que tenían los Notarios asimilados a Registradores, fuera de los cauces legales, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

En efecto, la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones que permitían participar a los Notarios por asimilación a los Registradores de la Propiedad en este concurso y la suspensión de los efectos de esas resoluciones, ambas acordadas a la vez, por Resolución de 10 de octubre de 2003, no podían conllevar la exclusión de la participación de la ahora recurrente, por cuanto se debió esperar a la resolución de ese procedimiento de revisión de oficio, después de su correcta tramitación, y tras la emisión de los dictámenes preceptivos, procedimiento regulado en la Ley 30/92, cuyo artículo 102 dice: «1. Las Administraciones Públicas podrán, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1, que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo. 2. El procedimiento de revisión de oficio, fundado en una causa de nulidad, se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de esta Ley. En todo caso, la resolución que recaiga requiere dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, y no es susceptible de recurso administrativo alguno, sin perjuicio de la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo».

Por otra parte, y en cuanto a la suspensión de las Resoluciones sometidas a revisión, tampoco podía conllevar la exclusión de la recurrente del concurso.

En efecto, al artículo 104 establece al respecto: «Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación».

En el caso que nos ocupa, la suspensión se acordó simultáneamente a la iniciación, siendo así que el precepto referido parece establecer una diferenciación entre ambos actos, el de inicio de un procedimiento de revisión y, una vez iniciado, el posterior de suspensión, en su caso, del acto sometido a revisión. Por otra parte, los motivos de suspensión esgrimidos por la Administración no tenían, a nuestro juicio, peso suficiente para acordar la misma.

En definitiva, a la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias, que es la que ha de tomarse en cuenta para determinar la concurrencia de las condiciones de admisión, dado, como hemos dicho, que no se establecía nada en contrario en las Bases y que la normativa constituida por la Resolución de la Dirección General, de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General, y las Resoluciones de 2 de enero de 2001 y de la Secretaría de Estado de Justicia, de 24 de enero de 2001, que asimilaba a los Registradores de la Propiedad a Notarios y por las cuales se incluyeron en el Escalafón de Registradores, entre otros, a la ahora recurrente, estaban en vigor, la participación de la señora Fernández-Tresguerres en el concurso de Registradores cuyo resultado se impugna, a dicha fecha, no podía ser cuestionada.

El propio dictamen del Consejo de Estado emitido en el seno del procedimiento de revisión de la normativa tantas veces referida expresa que ha de declararse la nulidad de la misma (véase pág. 28 del dictamen) «...para evitar en el futuro previsibles conflictos e incidencias de los respectivos concursos a plazas de Notarios y Registradores...», lo que pone de manifiesto que en todo caso la nulidad de la normativa sometida a revisión, no podía afectar a concursos anteriores a la declaración de nulidad, como el que ahora nos ocupa.

Por todo ello, y como ya sostuvimos en la sentencia dictada por esta misma Sección, con fecha 23 de junio de 2006, en el recurso número 2940/03, en el que se resolvía un caso similar al que ahora nos ocupa, ha de estimarse el recurso en el sentido de declarar el derecho de la recurrente a no ser excluida del concurso y a que la DGRN le adjudique la vacante que, de haber sido admitida, le correspondiera.

SEXTO. Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo número 2836/03, promovido por el Procurador de los Tribunales, don Isacio Calleja García, en nombre y representación de doña Ana-Blanca Fernández-Tresguerres García, contra las Resoluciones reflejadas en el Fundamento de Derecho Primero, debemos declarar y declaramos que las citadas Resoluciones son contrarias a Derecho, en el particular relativo a la exclusión de la instancia de la hoy recurrente para participar en el concurso de Registradores convocado por Resolución de la DGRN de 10 de junio de 2003, y no haber adjudicado ninguna vacante a la misma, y reconocemos el derecho de la actora a que por la Administración demandada le sea adjudicada la vacante que le corresponda. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de recursos que establece el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ilma. Señora Doña M.^a Jesús Muriel Alonso, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública en esta Sala, de lo que, como Secretaria de la misma doy fe.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE ENERO DE 2008.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA

Sentencia por la que se confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 24 de marzo de 2006, rechazándose el Recurso de Casación interpuesto por la Abogacía del Estado, quedando en consecuencia reconocido el derecho de asimilación de los letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se acompañan la citada sentencia de la Audiencia Nacional y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fechas 23 de junio de 2006, 13 de octubre de 2006 y 27 de noviembre de 2007, sobre la misma materia y en el mismo sentido.

Recurso de casación número 4318/2006.

Votación: 08/01/2008.

Ponente Excmo.

Señor Don: José Manuel Sieira Míguez.

Secretaría

Ilmo. Señor Don Gonzalo Núñez Ispa.

Sentencia Tribunal Supremo.

Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección Sexta.

Excmos. Señores:

Presidente:

Don Ramón Trillo Torres.

Magistrados:

Don José Manuel Sieira Míguez.

Don Agustín Puente Prieto.

Don Octavio Juan Herrero Pina.

Doña Margarita Robles Fernández.

En la Villa de Madrid, a once de enero de dos mil ocho. Visto por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Señores anotados al margen, el presente recurso de casación que con el número 4318/06 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra sentencia de 24 de marzo de 2006, dictada en el recurso 332/04 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 3.^a). Comparecen como parte recurrida don Juan M.^a Díaz Fraile y don Francisco Javier Gómez Gállico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia recurrida estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Juan M.^a Díaz Fraile y don Francisco Javier Gómez Gállico, contra la Resolución del Ministerio de Justicia de 19 de enero de 2004, por la que se declara la nulidad de oficio de su propia Resolución de 24 de enero de 2001, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y de 2 de enero de 2001.

SEGUNDO. Notificada la anterior sentencia por el señor Abogado del Estado en la representación que le es propia, presentó escrito ante la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por providencia la Sala tuvo por preparado, en tiempo y forma, el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO. Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se ampara, solicitando acuerde casar la sentencia y dicte otra por la que acuerde la conformidad a Derecho del acto impugnado en la instancia.

CUARTO. Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplaza a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalice escrito de oposición.

QUINTO. Por la parte recurrida se presenta el escrito de oposición al recurso interpuesto, en el que tras impugnar los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia anulando la Resolución del Secretario de Estado de Justicia, de 19 de enero de 2004, que declaró la nulidad de pleno derecho de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, y de la propia Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, con expresa imposición de costas a la Administración recurrente.

SEXTO. Concluidas las actuaciones, para votación y fallo, se señaló la audiencia el día OCHO DE ENERO DE DOS MIL OCHO, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Señor don José Manuel Sieira Míguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Tiene por objeto el presente recurso de casación la impugnación de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 24 de marzo de 2006, en el recurso 332/04, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Juan M.^a Díaz Fraile y don Francisco Javier Gómez Gállico, contra la Resolución del Ministerio de Justicia, de 19 de enero de 2004, por la que se declara la nulidad de oficio de su propia Resolución, de 24 de enero de 2001, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y de 2 de enero de 2001, declarando la nulidad de la Resolución del Ministerio de Justicia, de 19 de enero de 2004, impugnada y anulando asimismo el apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003, de 26 de junio, por la que se delegan competencias del Ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos del Ministerio de Justicia.

La sentencia recurrida fundamenta su decisión, en cuanto interesa y en síntesis:

- a) En que la interpretación literal y sistemática de los artículos 12 y 13 de la Ley 6/1997, conduce a concluir que las competencias de los Ministros recogidas en el artículo 12 de la Ley 6/1997, y en lo que aquí interesa, la competencia para la revisión de oficio de los actos administrativos, es indelegable.

- b) En que, como en la Resolución recurrida, el Ministro de Justicia ejerce sus competencias en materia de revisión de oficio, delegándolas en el Secretario de Estado, la expresada Resolución debe considerarse nula, por incurrir en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992.

Y razona: «Podría objetarse a esta conclusión que la Resolución impugnada revisa tres decisiones administrativas, una del Secretario de Estado de Justicia y dos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que el Secretario de Estado de Justicia es competente, por sí mismo, para revisar de oficio los actos dictados por los órganos directivos dependientes de su Secretaría, y en el supuesto enjuiciado, lo sería para revisar las dos Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia; y que, partiendo de dicha premisa, podríamos mantener la vigencia de la Resolución recurrida en el particular que revisa las dos Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado. El referido planteamiento no ha sido considerado, no obstante, por la Sala, esencialmente por dos razones: En primer lugar, porque en el supuesto enjuiciado la facultad de revisión de oficio se ejerce directamente por el Ministro, como superior jerárquico del Departamento, respecto de las tres Resoluciones revisadas, sin duda porque las mismas se encuentran directamente relacionadas, debiendo considerarse la Resolución recurrida, en todo caso, como dictada por el Ministro, según el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley 30/1992. Y, en segundo lugar, porque sostener la vigencia parcial de la Resolución recurrida y, consecuentemente, la nulidad de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, que reconocen el derecho de asimilación, y la validez de la Resolución del Secretario de Estado, que incluye en el Escalafón Notarial a tres Registradores adscritos a la citada Dirección General en base al reconocimiento del expresado derecho, generaría una situación de considerable inseguridad jurídica». Y añade que: «En otro orden de cosas, y como quiera que la resolución recurrida se dictó en base a la atribución competencial recogida en el apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003, de 26 de junio, por la que se delegan competencias del Ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos del Ministerio de Justicia, disposición normativa que atribuye expresamente al Secretario de Estado de Justicia, por delegación del titular del Departamento “la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos dictados por la Secretaría de Estado”, contraviniendo el artículo 12 de la Ley 6/1997, declaramos también nula la indicada disposición, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley de la Jurisdicción».

SEGUNDO. Contra dicha sentencia se interpone el presente recurso de casación en que el Abogado del Estado deduce cuatro motivos casacionales, el tercero y el cuarto como subsidiarios de los anteriores.

No obstante, habiéndose opuesto de contrario la inadmisibilidad del presente recurso de casación, por tratarse de una cuestión de personal que no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, debemos señalar con carácter previo que dicha causa de inadmisión no puede ser apreciada, a la vista de la doctrina de esta Sala expresada, con ocasión del examen de dicha cuestión, en la sentencia de 26 de enero de 1996 (Recurso de revisión núm. 6902/1992), en la que se declara que: «El problema queda reducido por tanto a determinar si resulta o no aplicable al caso que

nos ocupa la excepción a la regla general de doble instancia —que informaba el texto primitivo de la LRJCA— prevista para las “cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública”, problema que no puede considerarse resuelto, como a primera vista podría pensarse, teniendo únicamente en cuenta el contenido del acto recurrido y la cualidad de funcionario público que al Notario atribuye el artículo 1.º de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862. Baste reparar, por de pronto, en que la relación de servicio es consustancial a las cuestiones de personal —por tales viene entendiendo este Tribunal las que afectan al nacimiento, contenido, modificación y extinción de la relación de servicio— y, que el Notario, como seguidamente se verá, ejerce una función pública —la fe pública extrajudicial— en una situación peculiar, difícilmente identificable con otras funciones públicas prestadas en régimen funcional y añade la Sala que «el artículo 1.º de la Ley de 28 de mayo de 1862 dispone que “el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Ahora bien, este precepto que atribuye al Notario la condición de funcionario público, es por sí solo insuficiente para caracterizarle como tal y desde luego para obtener un concepto exacto de la función notarial. Nada se dice en él de la función asesora, que está presente en la Ley de 1862 y en su Reglamento y tampoco hace referencia alguna al carácter profesional del Notario. De aquí que se haya llegado a decir, por un sector de la doctrina, que el artículo 1.º de la mencionada Ley en realidad no define al Notario, sino que delimita el campo de su actuación funcional, en razón de las circunstancias históricas que motivaron la reforma de 1862 (separación entre la fe pública judicial y extrajudicial hasta entonces a cargo de los Escribanos).

Junto a la función pública —dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales—, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los artículos 13 y 17 de la Ley, el primero, en cuanto preceptúa que “los Notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que estén sujetas las demás profesiones análogas” y, el segundo, al disponer que “el Notario redactará escrituras matrices...”.

Por otro lado, el reconocimiento conjunto de la doble función notarial, pública y profesional, aparece ya en el artículo 1.º del Reglamento Notarial de 1935 que dispuso que: “los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado”, texto que se conserva literalmente en el artículo 1.º del Reglamento de 2 de junio de 1944, y que se desarrolla al decir que “como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclamen su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar” y “como funcionarios ejercen la fe pública notarial. Y no es éste el único precepto que el Reglamento dedica a la función profesional del Notario, también esa función está presente en el artículo 147, que en su redacción actual es una muestra evidente de la función asesora y de adecuación que corresponde al Notario al prescribir que “redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción”, obligación que incluso se extiende a “los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado”.

En definitiva, el Notario, en nuestro ordenamiento, ejerce una función compleja en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados, en régi-

men de profesión liberal, sometida a controles administrativos, entre los que se encuentran, por su relación con el caso, la exigencia de responsabilidad disciplinaria por las faltas que pueda cometer —art. 347 del Reglamento— en el ejercicio de su actividad pública.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que no existe relación de servicio entre el Notario y la Administración, que su figura no responde a la definición del funcionario público contenida en el artículo 1.º de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, ya que el Notario no está integrado en las estructuras administrativas como profesional independiente que es, aunque ejerza una profesión oficial, una función pública en régimen de profesión liberal», doctrina aplicable, igualmente, a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Por tanto, no pudiendo calificarse el asunto sobre el que se ha pronunciado la sentencia recurrida como «cuestión de personal al servicio de la Administración Pública», procede desestimar la causa de inadmisibilidad invocada en el escrito de oposición de la parte recurrida y entrar a examinar los motivos articulados por el Abogado del Estado recurrente.

TERCERO. En el primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al haberse producido infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, ocasionando indefensión. En concreto denuncia, el Abogado del Estado recurrente, que la sentencia incurre en incongruencia por exceso al declarar la nulidad del apartado 10 del artículo 3.º de la Orden JUS 1825/03, sin que hubiera sido solicitada por la parte actora y sin oír previamente a las partes, infringiendo el artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional y ocasionando indefensión a la Administración del Estado, añadiendo que la Sala no puede ampararse, a estos efectos, en lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley Jurisdiccional, que el representante de la Administración no considera aplicable en cuanto «la demanda no se apoyaba en la invalidez de la orden en cuestión».

El presente motivo debe ser desestimado por su carencia manifiesta de fundamento y ello porque, si se examina la demanda deducida en la instancia, se comprueba que en ella, literalmente, «se somete a la consideración de la Sala si es o no conforme a Derecho la resolución dictada por el Secretario de Estado de Justicia de 19 de enero de 2004», lo que naturalmente coloca a la Sala en la obligación de comprobar si dicha resolución reúne todos los requisitos para ser válida y eficaz en Derecho. El primero de dichos requisitos es, precisamente, el de la competencia de quien dicta la resolución impugnada. La propia resolución impugnada basa su competencia de manera expresa:

- a) Para la revisión de oficio de las Resoluciones de la DGRN, en la Disposición Adicional 16.ª de la Ley 6/97 (LOFAGE).
- b) Para la revisión de oficio de su propia Resolución, de 19 de enero de 2004, en el apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003, de 26 de junio, por la que se delegan competencias del Ministro.

El obligado examen del apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003, de 26 de junio, por la que se delegan competencias del Ministro, lleva a la Sala a la conclusión de que el Secretario de Estado de Justicia carece de competencia para la revisión de oficio de su propia resolución, toda vez que dicho apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/03 es ilegal por contrario al artículo 12 de la LOFAGE, que contempla la revisión de oficio

como una de las competencias que ha de ejercer el Ministro en todo caso y que por tanto no es susceptible de delegación.

Pero es que, además, es incierta la afirmación del Abogado del Estado cuando manifiesta, en este recurso, que la nulidad de dicho apartado de la Orden JUS 1825/2003, no ha sido argumentada ni solicitada por la parte actora pues, ya en la propia demanda, se señala como primer fundamento de la nulidad invocada de la resolución del Secretario de Estado de Justicia que se impugna, la «infracción del apartado i) del número 2 del artículo 12 de la Ley 6/97 (LOFAGE)», argumentando precisamente que (pág. 8 de la demanda): «Ciertamente en la Resolución de 19 de enero de 2004, con la que finaliza el expediente de revisión de oficio y antes de la parte dispositiva se invoca la Orden de delegación JUS 1825/2003, de 26 de junio. Tal Orden de delegación no consta en el expediente. Mas lo cierto es que ni en la Resolución inicial de 10 de octubre de 2003, por la que el Secretario de Estado de Justicia acuerda el procedimiento de revisión de oficio, ni a lo largo de todas las actuaciones se hace mención expresa de delegación alguna y ni siquiera en la Resolución impugnada de 19 de enero de 2004, se hace constar expresamente que el Secretario de Estado de Justicia está obrando por delegación del Ministro de Justicia. Y el artículo 13.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común exige la expresión del órgano delegante para que las Resoluciones se consideren dictadas por el mismo», añadiendo los entonces demandantes: «Mas, en todo caso, la facultad de revisión de oficio que la Ley 6/1997, de 14 de abril, atribuye a los Ministros, no puede ser objeto de delegación. Efectivamente el referido artículo 12 dice que corresponde a los Ministros: «en todo caso, el ejercicio de las competencias que enumera, entre las que se incluye, como hemos dicho, la de revisar de oficio los actos administrativos». Y en el artículo 13, que lleva como rúbrica «Otras competencias de los Ministros», dice que: «Corresponden a los Ministros, sin perjuicio de su desconcentración o delegación, las siguientes competencias...», y a continuación enumera doce competencias en las que obviamente no incluye la revisión de oficio de los actos administrativos, aunque sí incluye la de declarar la lesividad de los actos administrativos cuando le corresponda al Ministro. Por tanto es la propia Ley 6/1997, de 14 de abril, que enumera las competencias de los Ministros, la que considera indelegable la revisión de oficio de los actos administrativos [apartado i) del núm. 2 del art. 12] y la que también enumera aquellas competencias que sí son susceptibles de delegación, entre las que no incluye la revisión de oficio de los actos administrativos, aunque sí la declaración de lesividad cuando le corresponda (art. 13). Es decir, que la Ley ha querido distinguir y ha distinguido claramente entre la revisión de oficio de los actos administrativos y la declaración de lesividad. Considerando a la revisión de oficio de los actos administrativos como una competencia indelegable de los Ministros y admitiendo la posibilidad de la delegación de la competencia de la declaración de lesividad.

A la vista de esta parcial transcripción de la demanda, es evidente que, la afirmación del Abogado del Estado acerca de que la validez del apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003 no formaba parte de los términos del debate, o la de que la demanda no se apoyaba en la invalidez de la orden en cuestión, carecen manifiestamente de fundamento y, con ello, su argumentación acerca de la infracción del artículo 33.2 LJCA y de su supuesta indefensión, pues es evidente que, desde que se le dio traslado de dicha demanda, la Administración, ahora recurrente, ha tenido oportunidad de defender la lega-

lidad de la citada Orden de delegación, cosa que no hizo sino de forma incompleta pues, al contestar a la objeción de «falta de competencia de la Secretaría de Estado de Justicia», invocada de contrario, el Abogado del Estado, en el apartado 1 de su contestación a la demanda, se limitó a manifestar que en relación a dicha objeción «basta con examinar la Disposición adicional decimosexta, 1.b) de la Ley 6/97, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y la Orden de Justicia 1825/2003, de 26 de julio, sobre Delegación de competencias, para llegar a la opinión contraria, reñida por otra parte en el reiterado dictamen del Consejo de Estado».

Por tanto, a la vista del artículo 33 LJCA, que establece que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición, imponiendo, para comprobar la concurrencia del requisito de congruencia, la comparación de la decisión judicial con las pretensiones y con las alegaciones, aunque éstas deben entenderse como motivos del recurso y no como argumentos jurídicos, tal como lo hemos verificado, es forzoso concluir que no existe infracción alguna del mencionado precepto, pues queda suficientemente acreditado que no es que la cuestión de la nulidad o validez de la citada orden no formara parte de los términos del debate, sino mas bien que el Abogado del Estado no aportó argumento alguno a dicho debate, sin que pueda pretender aportarlos ahora, so pretexto de una supuesta indefensión que no existió, encontrando amparo legal suficiente, la anulación del apartado 10 del artículo tercero de la Orden JUS 1825/2003, que lleva a cabo la sentencia recurrida, en el artículo 27.2 LJCA, a tenor del cual: «2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general».

CUARTO. En el segundo motivo de casación, deducido al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia infracción de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 6/1997 (LOFAGE) en relación con los artículos 12.2.i) y 13.11 de la misma Ley, en cuanto la sentencia recurrida entiende que la facultad de revisión de oficio de los actos administrativos es indelegable.

Aduce el Abogado del Estado que, cuando la sentencia recurrida concluye que la revisión de oficio de los actos administrativos es indelegable, porque se incluye en el artículo 12 LOFAGE, que enumera las competencias de los Ministros que son indelegables por naturaleza, mientras que el artículo 13 relaciona las que son susceptibles de delegación, ignora que la LOFAGE regula la competencia para revisar de oficio los actos administrativos en una disposición específica, la Disposición Adicional Decimosexta, en la que no hay nada —afirma— que permita pensar que dicha facultad de revisión de oficio es indelegable. El presente motivo no puede prosperar. El argumento del Abogado del Estado se viene a sustentar sobre la idea de que no cabe añadir a la letra de la Ley, al interpretarla, algo que ésta no dispone expresamente (en la DA 16.^ª), lo cual es cierto y correcto, pero siempre que no se verifique ignorando lo que expresamente dispone la propia Ley en uno de sus artículos, introducido con posterioridad a la citada Disposición Adicional, con la que resulta incompatible y que, por ello debe entenderse derogada.

Por tanto, si, como afirma el Abogado del Estado: «nada dice la Disposición Adicional Decimosexta que haga pensar que la facultad de revisión de

oficio que atribuye, según los casos, a los Ministros o a los Secretarios de Estado, sea indelegable “es porque dicha Disposición es anterior a la modificación introducida en el artículo 12 de la LOFAGE para contemplar la revisión de oficio como una de las competencias del Ministro que éste debe ejercer “en todo caso” y, por tanto, como una de sus competencias indelegables, precepto que, al ser introducido por una Ley posterior en el tiempo, deroga al anterior con el que sea incompatible y por tanto, en este caso, a la Disposición Adicional Decimosexta cuya infracción denuncia la parte recurrente”.

Decae, así, el argumento del Abogado del Estado en cuanto a que «no es posible estar sin más, como hace la sentencia recurrida, a la interpretación literal del artículo 12.2.i) y a su interpretación sistemática con el artículo 13.11, puesto que ello supondría vulnerar la Disposición Adicional Decimosexta» ya que difícilmente puede esta Sala apreciar una infracción, por la sentencia recurrida, de una Disposición Adicional que debe entenderse tácitamente derogada.

QUINTO. En el tercer motivo de casación, deducido también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia que la sentencia recurrida, en cuanto declara que la Resolución impugnada incurre en la causa de nulidad de plano Derecho del artículo 62.1.b) LRJAPPAC, vulnera frontalmente este precepto en relación con los artículos 63 (anulabilidad) y 67 (convalidación) del mismo texto legal, ya que el artículo 62.1.b) sólo es aplicable a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio y, en el caso concreto, la incompetencia no es manifiesta, como lo demuestran los esfuerzos efectuados por la Sala de instancia para justificar el carácter indelegable de la competencia del Ministro para la revisión de oficio. Razona el Abogado del Estado que si la incompetencia no es manifiesta, no cabe hablar de nulidad absoluta sino de simple anulabilidad, lo que determina que el vicio de incompetencia es convalidable por el Ministro.

Esta Sala no puede compartir el criterio del Abogado del Estado acerca de que en el caso examinado la incompetencia del Secretario de Estado de Justicia no es manifiesta por tratarse de un supuesto de incompetencia jerárquica, pues si bien es verdad que la jurisprudencia de esta Sala ha venido limitando la apreciación de la incompetencia manifiesta a los casos de incompetencia por razón de la materia o del territorio, también lo es que dicha jurisprudencia se ha venido formando en relación con supuestos en los que existían dudas acerca de dicha competencia, dudas que no se ofrecen en un supuesto, como el presente en el que la competencia viene atribuida por un precepto legal, con carácter expreso y de forma exclusiva e indelegable al Ministro, lo que determina que cualquier órgano ajeno al propio Ministro que ejercite dicha competencia deba ser considerado, en todo caso, como un órgano manifiestamente incompetente. En cualquier caso, el motivo debe ser desestimado pues, aunque se llegara a la conclusión de que la resolución del Secretario de Estado no era nula sino anulable y por tanto convalidable, lo cierto es que el vicio de incompetencia jerárquica no ha sido subsanado y no se ha convalidado y, en consecuencia, el acto debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.

Además este argumento no afectaría a la nulidad de la Orden JUS 1825/2003 que la sentencia declara, no por incompetencia, sino por ser radicalmente contraria a lo que dispone la Ley acerca del carácter indelegable de la competencia del Ministro para la revisión de oficio, es decir, por ser manifiestamente ilegal.

SEXTO. En el cuarto motivo de casación, deducido con carácter subsidario y al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia que la sentencia recurrida, en cuanto anula la Resolución del Secretario de Estado, no sólo en la parte en que éste actuaba por delegación, sino también en la parte en que actuaba en ejercicio de competencias propias, infringe la Disposición Adicional 16.^a de la LOFAGE, en relación con los artículos 12.1, 14, 64 y 66 LRJAPPAC.

El motivo debe desestimarse por los mismos razonamientos expuestos en relación con los motivos precedentes, de acuerdo con los cuales la Disposición Adicional 16.^a de la LOFAGE debe entenderse tácitamente derogada, tras la inclusión de la revisión de oficio de los actos administrativos en el apartado i) del artículo 12 de la LOFAGE, como competencia que en todo caso ha de ejercer el Ministro y, por tanto, indelegable, operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Reconocida la derogación tácita de la Disposición Adicional 16.^a de la LOFAGE, pierde sentido la denuncia de infracción de los restantes preceptos que cita como infringidos el Abogado del Estado recurrente, referidos a la delegación y la avocación, en cuanto resultan inaplicables tratándose del ejercicio de competencias que por Ley son indelegables.

SÉPTIMO. La desestimación de los motivos deducidos lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación y determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el artículo 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 1.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta contra sentencia de 24 de marzo de 2006, dictada en el recurso 332/04, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 3.^a), que queda firme con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente con la limitación establecida en el fundamento jurídico séptimo.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Señor Magistrado Ponente, don José Manuel Sieira Míguez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de la fecha de lo que como Secretario, certifico.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Real Decreto 33/2008. 14-1-2008. Disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

— Instrumento de ratificación del Convenio Europeo del Paisaje (núm. 176 del Consejo de Europa), hecho en Florencia el 20-10-2000.

— Corrección de errores. Ley 44/2007. 13-12-2007. Para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1729/2007. 21-12-2007. Regula la elaboración del Informe Periódico, relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

— Real Decreto 9/2008. 11-1-2008. Modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11-4-1986.

— Real Decreto 37/2008. 18-1-2008. Adopta las medidas necesarias para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) número 1.082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5-7-2006, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial.

— Real Decreto 64/2008. 25-1-2008. Modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30-5-1997.

— Real Decreto 106/2008. 1-2-2008. Pilas y acumuladores y gestión ambiental de sus residuos.

— Real Decreto 181/2008. 8-2-2008. Ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado».

— Real Decreto 230/2008. 15-2-2008. Regula el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior.

— Real Decreto 231/2008. 15-2-2008. Regula el Sistema Arbitral de Consumo.

— Orden 446/2008. 20-2-2008. Determina las especificaciones y características técnicas de las condiciones y criterios de accesibilidad y no discriminación establecidos en el Real Decreto 366/2007, de 16-3-2007.

— Corrección de errores. Real Decreto Legislativo 1/2007. 16-11-2007. Aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1611/2007. 7-12-2007. Aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal.

— Real Decreto 1720/2007. 21-12-2007. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13-12-1999, de protección de datos de carácter personal.

— Real Decreto 158/2008. 8-2-2008. Reforma del Real Decreto 685/2005, de 10-6-2005, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del RM aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19-7-1996, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales, y por el que se modifica el Reglamento del RM para la mejora de la información del RMC.

— Orden 261/2008. 29-1-2008. Corrección de errores de la Orden 3240/2007, de 24-10-2007, por la que se nombra el Tribunal calificador de la oposición entre Notarios convocada por Resolución de 12-7-2007.

— Instrucción de 22-1-2008. DGRN. Solicitud y expedición telemática de certificaciones del Registro de Actos de Última Voluntad.

— Instrucción de 12-2-2008. DGRN. Aprueba el Cuadro de Sustituciones de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para el desempeño de las interinidades por los Registradores titulares respectivos, y se aprueban las normas para la designación de Registrador interino y accidental y su régimen de licencias y ausencias.

— Resolución de 8-1-2008. DGRN. Resuelve el concurso ordinario número 273, para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 7-11-2007, y dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Corrección de erratas. Resolución de 8-1-2008. DGRN. Resuelve el concurso ordinario número 273, para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 7-11-2007, y dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 10-1-2008. DGRN. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución de 8-11-2007, y se dispone su publicación y comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 10-1-2008. Establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de las tasas administrativas del Ministerio de Justicia.

— Resolución de 14-2-2008. DGRN. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 30-1-2008, y dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1756/2007. 28-12-2007. Aprueba el Programa Anual 2008 del Plan Estadístico Nacional 2005-2008.

— Real Decreto 1759/2007. 28-12-2007. Regula los modelos y el procedimiento de remisión de la información que deben presentar las empresas públicas y determinadas empresas en virtud de lo establecido en la Ley 4/2007, de 3-4-2007, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

— Real Decreto 215/2008. 15-2-2008. Modifica el artículo 59 del Reglamento por el que se desarrolla la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4-11-2005.

— Real Decreto 216/2008. 15-2-2008. Recursos propios de las entidades financieras.

— Real Decreto 217/2008. 15-2-2008. Régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4-11-2005.

— Real Decreto 261/2008. 22-2-2008. Aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

— Orden 3967/2007. 26-12-2007. Modifica la Orden 3662/2003, de 29-12-2003, que regula un nuevo procedimiento de recaudación de los ingresos no tributarios recaudados por las Delegaciones de Economía y Hacienda y de los ingresos en efectivo en la Caja General de Depósitos y sus sucursales.

— Orden 35/2008. 14-1-2008. Desarrolla las normas relativas a la contabilidad de las instituciones de inversión colectiva, la determinación del patrimonio, el cómputo de los coeficientes de diversificación del riesgo y

determinados aspectos de las instituciones de inversión colectiva cuya política de inversión consiste en reproducir, replicar o tomar como referencia un índice bursátil o de renta fija, y por la que se habilita a la CNMV para su desarrollo.

— Orden 114/2008. 29-1-2008. Reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los Notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

— Orden 331/2008. 8-2-2008. Aprueba el modelo de autoliquidación y pago de la tasa prevista en el artículo 23 de la Ley 19/1988, de 12-7-1988, de Auditoría de Cuentas.

— Orden 407/2008. 7-2-2008. Desarrolla la normativa de planes y fondos de pensiones en materia financiero-actuarial, del régimen de inversiones y de procedimientos registrales.

— Orden 451/2008. 20-2-2008. Regula la composición del NIF de las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica.

— Orden 480/2008. 20-2-2008. Modifica la Orden 1-2-1996, por la que se aprueban los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado; la Instrucción de Contabilidad para la Administración Institucional del Estado, aprobada por Orden 1-2-1996; la Instrucción de Contabilidad para la Administración General del Estado, aprobada por Orden HAC/1300/2002, de 23-5-2002; y la Orden EHA/777/2005, de 21-3-2005, por la que se regula el procedimiento de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales de las Entidades Estatales de Derecho Público a las que les sea de aplicación la Instrucción de Contabilidad para la Administración Institucional del Estado.

— Orden EHA/481/2008. 26-2-2008. Aprueba los modelos de declaración del IRPF y del IP, ejercicio 2007, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, se establecen los procedimientos de solicitud, remisión, rectificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del IRPF, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos.

— Resolución de 20-12-2007. Modifica la cuantía de las diligencias de embargo y determinados aspectos de la Resolución de 14-12-2000, por la que se establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito para diligencias de cuantía igual o inferior a 4.000 euros.

— Resolución de 17-1-2008. Da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2008, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

— Corrección de erratas. Resolución de 17-1-2008. Da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapa-

cidad temporal que resultarán de aplicar durante 2008 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

— Resolución de 13-2-2008. Crea la Oficina de Registro General en la Comisión Nacional de la Competencia.

— Resolución de 18-2-2008. Resolución conjunta de la Intervención General de la Administración del Estado y de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera por la que se desarrolla la Orden PRE/3662/2003, de 29-12-2003, que regula un nuevo procedimiento de recaudación de los ingresos no tributarios recaudados por las Delegaciones de Economía y Hacienda y de los ingresos en efectivo en la caja general de depósitos y sus sucursales, determinándose el procedimiento a seguir para la expedición de los documentos de ingreso 069 a que se refiere el apartado 6.º de la citada Orden Ministerial y para la comunicación de las liquidaciones a las Delegaciones de Economía y Hacienda.

— Corrección de errores del Real Decreto 1758/2007. 28-12-2007. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 19/1994, de 6-7-1994, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias en las materias referentes a los incentivos fiscales en la imposición indirecta, la reserva para inversiones en Canarias y la Zona Especial Canaria.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 2/2007. 19-12-2007. Aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas de los consejeros y directivos, de operaciones del emisor sobre acciones propias y otros modelos.

— Circular 3/2007. 19-12-2007. Contratos de liquidez a los efectos de su aceptación como práctica de mercado.

— Circular 4/2007. 27-12-2007. Modifica el modelo de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas.

— Circular 1/2008. 30-1-2008. Información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones de gestión intermedias y, en su caso, los informes financieros trimestrales.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 16-1-2008. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto 14/2008. 11-1-2008. Modifica el Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

— Corrección de errores y erratas del Real Decreto 314/2006. 17-3-2006. Aprueba el Código Técnico de la Edificación.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 6/2008. 11-1-2008. Determinación del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio.

— Real Decreto 7/2008. 11-1-2008. Prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2008.

— Real Decreto 179/2008. 8-2-2008. Modifica el Real Decreto 6/2008, de 11-1-2008, sobre determinación del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2008.

— Real Decreto 221/2008. 15-2-2008. Crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.

— Orden 76/2008. 22-1-2008. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

— Corrección de errores. Orden 76/2008. 22-1-2008. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

— Orden 401/2008. 15-2-2008. Modifica la Orden 3859/2007, de 27-12-2007, por la que se regula la contraprestación a satisfacer por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social por los servicios de administración complementaria de la directa.

— Orden 408/2008. 18-2-2008. Crea el registro electrónico del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y se regula el servicio de notificaciones electrónicas, estableciéndose los requisitos generales para su aplicación a determinados procedimientos.

— Orden 482/2008. 22-2-2008. Modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13-10-2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

— Resolución de 12-12-2007. Alcance del requisito de ejercicio retribuido del cargo de miembro de una corporación local, exigido por el artículo 1 del Real Decreto 1108/2007, de 24-8-2007, sobre reconocimiento como cotizados a la Seguridad Social de los periodos en que los miembros de las corporaciones locales ejercieron con dedicación exclusiva su cargo político, con anterioridad a su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

— Resolución de 27-12-2007. Modifica el ámbito territorial de las unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en determinadas Direcciones Provinciales.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 14-2-2008. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 36/2008. 9-1-2008. Desarrolla la Sección 2.^a del Capítulo IV del Título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28-9-1990.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 4/2008. 11-1-2008. Modifica determinados artículos del Reglamento de Seguridad Privada.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN

— Orden 320/2008. 6-2-2008. Establece el procedimiento para la inclusión en el censo de la flota pesquera operativa de los buques de pesca españoles objeto de regularización en virtud de la Ley 9/2007, de 22-6-2007, sobre regularización y actualización de inscripciones de embarcaciones pesqueras en el registro de buques y empresas navieras y en el censo de la flota pesquera operativa.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto Legislativo 1/2008. 11-1-2008. Aprueba el TR de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos. La Disposición Final 7.^a de la Ley 34/2007, de 15-11-2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera autoriza al Gobierno para que, en el plazo máximo de un año, contado a partir de su entrada en vigor, elabore y apruebe un texto refundido en el que regularice, aclare y armonice las disposiciones legales vigentes en materia de evaluación de impacto ambiental.

— Real Decreto 12/2008. 11-1-2008. Regula la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 35/2008. 18-1-2008. Modifica el Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas, aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3-12-1999.

— Real Decreto 103/2008. 1-2-2008. Modifica el Real Decreto 225/2006, de 24-2-2006, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS de 19-10-2007. Desestima la cuestión de ilegalidad planteada por la Sección 5.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid en relación con el artículo 31 del apartado 1.3.º del Real Decreto 1624/1992, de 29-12-1992, por el que se aprueba el Reglamento del IVA.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 12/2007. 26-11-2007. Promoción de la igualdad de género en Andalucía.

— Ley 13/2007. 26-11-2007. Medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

— Ley 14/2007. 26-11-2007. Patrimonio Histórico de Andalucía.

— Ley 17/2007- 10-12-2007. Educación de Andalucía.

— Ley 21/2007. 18-12-2007. Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía.

- Ley 22/2007. 18-12-2007. Farmacia de Andalucía.
- Ley 23/2007. 18-12-2007. Crea la Agencia Tributaria de Andalucía y se aprueban medidas fiscales.
- Ley 24/2007. 26-12-2007. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2008.
- Decreto 1/2008. 14-1-2008. Disolución del Parlamento de Andalucía y de convocatoria de elecciones.
- Decreto 11/2008. 22-1-2008. Desarrolla procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas.
- Decreto 35/2008. 5-2-2008. Regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía.
- Orden 13-12-2007. Crea y regula el Registro de Reclamaciones de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional en Andalucía.
- Orden 7-2-2008. Publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales.
- Resolución de 15-2-2008. Nombra Registradoras y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como resultado del concurso número 273, convocado por Resolución de 7-11-2007, de la DGRN.
- Corrección de errores. Resolución de 8-2-2008. Nombra Registradoras y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como resultado del concurso especial previsto en la Disposición Adicional 2.ª del Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

ARAGÓN

- Decreto 23/2008. 12-2-2008. Establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de relaciones laborales y prevención de riesgos laborales.
- Orden 1-2-2008. Acuerda modificar los parámetros de precios máximos establecidos en el Decreto 225/2005, de 2-11-2005, del Gobierno de Aragón, regulador del Plan Aragonés para facilitar el acceso a la vivienda y fomentar la rehabilitación 2005-2009.

ASTURIAS

- Decreto 273/2007. 28-11-2007. Aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el Principado de Asturias.

— Decreto 278/2007, de 4-12-2007. Aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias.

— Decreto 286/2007. 26-12-2007. Regula la aplicación de la prórroga de los Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 2007 durante el ejercicio 2008.

BALEARES

— Ley 5/2007. 27-12-2007. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2008.

— Ley 6/2007. 27-12-2007. Medidas tributarias y económico-administrativas.

— Decreto 145/2007. 21-12-2007. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2008 a efectos de plazos administrativos.

CANARIAS

— Real Decreto 1758/2007. 28-12-2007. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 19/1994, de 6-7-1994, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, en las materias referentes a los incentivos fiscales en la imposición indirecta, la reserva para inversiones en Canarias y la Zona Especial Canaria.

— Decreto 7/2008. 21-1-2008. Nombra Notarios.

— Decreto 16/2008. 8-2-2008. Nombra Registradores.

— Decreto 18/2008. 11-2-2008. Crea y regula la declaración de Fiesta de Interés Turístico de Canarias.

— Orden 3916/2007. 26-12-2007. Establece el procedimiento y las condiciones para la anulación por las entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de los recibos-NRC por ellas emitidos, correspondientes a los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias devengados con ocasión de la importación de bienes (modelo 032).

— Orden 28-12-2007. Modifica la Orden de 21-11-2007 que determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2008.

— Orden 12-2-2008. Crea el Registro de datos objeto de publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

— Resolución de 15-1-2008. Actualiza el límite previsto en el artículo 10.1.28.º de la Ley 20/1991, de 7-6-1991, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

— Corrección de errores. Orden 27-11-2007. Crean las OO.LL. comarcales Lanzarote y Fuerteventura, y en esta última se crean dos oficinas des-concentradas.

CANTABRIA

— Ley 6/2007. 27-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para 2008.

— Ley 7/2007. 27-12-2007. Medidas Fiscales y de Contenido Financiero.

— Orden 1/2008. 8-1-2008. Regula la instrucción y resolución del procedimiento para el reconocimiento del derecho a percibir la Renta Básica de Emancipación de los jóvenes de Cantabria.

— Orden 11/2008. 30-1-2008. Procede al nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso ordinario.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 14/07. 20-12-2007. Se amplían las bonificaciones tributarias del IS y D.

— Ley 15/07. 20-12-2007. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2008.

— Decreto 21/2008. 5-2-2008. Reglamento de desarrollo del TR de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones, aprobado por Decreto legislativo 1/2002, de 19-11-2002.

CASTILLA Y LEÓN

— Orden 190/2008. 4-2-2008. Establece las unidades mínimas de cultivo agroambiental en la Comunidad de Castilla y León a los efectos del cálculo de determinadas ayudas agroambientales correspondientes al período de programación 2007-2013.

— Corrección de errores. Ley 10/2007. 27-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2008.

CATALUÑA

— Ley 16/2007. 21-12-2007. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2008.

- Ley 17/2007. 21-12-2007. Medidas Fiscales y Financieras.
- Ley 18/2007. 28-12-2007. Derecho a la vivienda.
- Resolución de 8-1-2008. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles convocado por la Resolución JUS/3396/2007, de 7-11-2007.
- Resolución de 7-2-2008. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

GALICIA

- Decreto 248/2007. 20-12-2007. Crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.
- Decreto 253/2007. 13-12-2007. Régimen jurídico del suelo y de las edificaciones promovidas por el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo.
- Decreto 262/2007. 20-12-2007. Aprueba las normas del hábitat gallego.
- Orden 26-12-2007. Regula la gestión de la renta básica de emancipación de los jóvenes en la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Corrección de errores. Orden de 26-12-2007. Regula la gestión de la renta básica de emancipación de los jóvenes en la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Orden 28-12-2007. Desarrolla el Decreto 164/2005, de 16-6-2005, por el que se regulan y determinan las oficinas de registro propias o concertadas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano.
- Orden 25-1-2008. Aprueban los modelos de documentos susceptibles de presentación ante el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.
- Resolución de 11-2-2008. Aprueba el modelo de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.
- Corrección de errores. Ley 16/2007. 26-12-2007. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2008.

LA RIOJA

- Ley 5/2007. 21-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2008.
- Corrección de errores. Ley 5/2007. 21-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2008.
- Ley 6/2007. 21-12-2007. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2008.

— Decreto 2/2008. 1-2-2008. Desarrolla en la Comunidad Autónoma de La Rioja el Real Decreto 1472/2007, de 2-11-2007, que regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

— Corrección de errores. Decreto 2/2008. 1-2-2008. Desarrolla, en la Comunidad Autónoma de La Rioja, el Real Decreto 1472/2007, de 2-11-2007, que regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

— Decreto 11/2008. 8-2-2008. Aprueba el Plan de Estadística para La Rioja para el periodo 2008-2012.

MURCIA

— Ley 10/2007. 27-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2008.

— Ley 11/2007. 27-12-2007. Medidas tributarias en materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios, año 2008.

NAVARRA

— Ley Foral 1/2008. 24-1-2008. Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2008.

— Corrección de errores. Ley Foral 1/2008. 24-1-2008. Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2008.

— Ley Foral 2/2008. 24-1-2008. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Corrección de errores. Ley Foral 2/2008. 24-1-2008. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Decreto Foral Legislativo 1/2008. 14-1-2008. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 20/1992, de 30 de diciembre, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral Legislativo 2/2008. 22-1-2008. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 3-12-1992, del IVA.

— Orden Foral 2/2008. 10-1-2008. Aprueba los precios medios de venta de vehículos usados y de embarcaciones aplicables en la gestión de los Impuestos IS y D, sobre ITPAJD y especial sobre determinados medios de transporte.

— Orden Foral 5/2008. 16-1-2008. Aprueba los modelos 322 de declaración-liquidación mensual, modelo individual, 353 de declaración-liquidación mensual, modelo agregado, y 039 de comunicación de datos, correspondientes al Régimen Especial del Grupo de Entidades en el IVA.

— Orden Foral 8/2008. 25-1-2008. Desarrolla para el año 2008 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Resolución de 2/2008. 20-2-2008. Aprueban los valores de los bienes inmuebles, inscritos en el Registro de la Riqueza Territorial con posterioridad al día 30-11-2007 y correspondientes al mismo año, que obran en el referido registro administrativo a 20-2-2008.

— Corrección de errores. Ley 48/2007. 19-12-2007. Modifica la Ley 28/1990, de 26-12-1990, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

PAÍS VASCO

— Ley 13/2007. 27-12-2007. Por la que se extinguen las Cámaras Agrarias.

— Ley 1/2008. 8-2-2008. Mediación Familiar.

— Decreto Legislativo 2/2007. 6-11-2007. Aprobación del TR de la Ley del Patrimonio de Euskadi.

— Norma Foral 8/2007. 23-11-2007. Modifica la Norma Foral 6/2005, de 12-7-2007, sobre Organización Institucional, Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Gipuzkoa en materia de incompatibilidades, prestaciones económicas por cese y pensiones de los miembros de la Diputación Foral y de los Altos Cargos.

— Norma Foral 9/2007. 13-12-2007. Aprueba la Cuenta General del Presupuesto del Territorio Histórico de Gipuzkoa para 2005.

— Decreto Foral. Norma 3/2007. 29-12-2007. Modifica la Norma Foral 7/1996, de 4-7-1996, del IS.

— Real Decreto 1760/2007. 28-12-2007. Aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral prevista en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Decreto 17/2008. 29-1-2008. Aprueba el Reglamento de la Inspección de Seguridad y Salud Laborales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Decreto 18/2008. 29-1-2008. Aprueba el Reglamento del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las cooperativas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Decreto 19/2008. 29-1-2008. Aprueba el Reglamento del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de minas, canteras y túneles.

— Decreto 20/2008. 29-1-2008. Aprueba el Reglamento del procedimiento para la imposición de medidas correctoras por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas Vascas.

— Decreto 232/2007. 18-12-2007. Regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos.

VALENCIA

— Ley 14/2007. 26-12-2007. Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat.

— Ley 15/2007. 27-12-2007. Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2008.

— Corrección de errores. Ley 15/2007. 27-12-2007. Presupuestos para el ejercicio 2008.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 15 de enero, en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, pronunció su DISCURSO DE INGRESO don Juan Antonio CREMADES SANZ-PASTOR, bajo el título *El proceso de París contra Miguel Servet por enseñar Astrología Judicialia*.

El día 17 de enero, dentro del SEMINARIO SOBRE NULIDAD, VALIDEZ E INVALIDEZ, de la Universidad de Zaragoza, fueron objeto de debate:

Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia, de 5 de marzo y de 7 de septiembre de 2007, sobre *el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.473 del Código Civil*. Intervino como ponente doña Carmen BETEGÓN SANZ, Registradora de la Propiedad de Zaragoza, número 11, y Directora del Centro de Estudios Registrales de Aragón.

Las sentencias de 25 de septiembre y de 17 de octubre de 2007, sobre *capítulos matrimoniales*. Como ponente doña Carmen BAYOD, Profesora de la Universidad de Zaragoza.

Se concluyó con una reseña sobre la *actualidad doctrinal desde el punto de vista de la validez de los actos jurídicos*.

El 22 de enero, dentro de las AULAS DE CONSUMO DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, tuvo lugar la ponencia *El alquiler de vivienda*.

El día 5 de febrero, en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, don Juan José SANZ JARQUE presentó una COMUNICACIÓN sobre *La Ley de Propiedad Forestal*.

El día 7 de febrero tuvo lugar la conferencia inaugural del III CICLO DE CONFERENCIAS *ECONOMÍA, EMPRESA Y DERECHO* organizado por las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Zaragoza. Actuó como ponente don Rafael ALCÁZAR CREVILLÉN, Presidente de la Caja de Ahorros de la Inmaculada, y versó sobre *Actualidad y futuro de las Cajas de Ahorro españolas*.

El día 12 de febrero tuvo lugar la segunda conferencia del III CICLO DE CONFERENCIAS *ECONOMÍA, EMPRESA Y DERECHO* organizado por las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Zaragoza. Actuó como ponente don Julio SEGURA SÁNCHEZ, Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y versó sobre *La supervisión financiera a comienzos del siglo XXI*.

El día 15 de febrero, dentro del programa de actos para la celebración de San Raimundo de Peñafort, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza tuvo lugar la CONFERENCIA *EL NUEVO ESTATUTO DEL MINISTERIO FISCAL*, por el Excmo. Señor don José M.^a RIVERA HERNÁNDEZ, Fiscal Superior del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El 26 de febrero, el Embajador Javier ELORZA inauguró el XXVI CURSO *SOBRE LA UNIÓN EUROPEA DE LA CÁTEDRA ALONSO V DE ARAGÓN*, organizado por la Institución Fernando el Católico.

MADRID

Los días 3 y 4 de marzo de 2008 se celebraron las JORNADAS SOBRE *LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO Y OTRAS NORMAS DEL SISTEMA HIPOTECARIO Y FINANCIERO*.

Coordinador:

- Don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.

Presentación:

- Don José Tomás BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, Director de Relaciones Institucionales del Colegio de Registradores.

Ponencias:

- «Principios Generales de la Ley», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Prenda de crédito como prenda registrada sin desplazamiento», por don Ángel CARRASCO PERERA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «La accesoriadad de la hipoteca en la ley», por don Fernando CANALS BRAGE, Registrador de la Propiedad de Logroño, número 1.
- «La hipoteca recargable», por don Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 22.

- «Problemática en la aplicación de la ley», por don Rafael SANZ COMPANY, Director de los Servicios Jurídicos de negocio hipotecario y contratación singular del BBVA.
- «La nueva regulación del mercado secundario en hipotecas», por don José Luis VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propiedad de Barcelona, número 11.

Los días 6 y 7 de marzo de 2008 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el I CONGRESO INTERNACIONAL *CÓDIGOS DE CONDUCTA Y MERCADOS*, organizado por el Grupo de Investigación sobre *Códigos de Conducta y Actividad Económica: Una perspectiva jurídica*.

Dirección:

- Profesora Doctora Alicia REAL PÉREZ, Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Secretaría:

- Profesora Doctora Lirio MARTÍN GARCÍA, Contratada Doctora de la Universidad de Valladolid. Secretaria de la Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.

Miembros:

- Profesor Doctor Emilio DÍAZ RUIZ, Universidad Complutense de Madrid.
- Profesor Doctor Manuel Ignacio FELIÚ REY, Universidad Carlos III de Madrid.
- Profesora Doctora Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Universidad Complutense de Madrid.
- Profesora Doctora Ana LAMBEA RUEDA, Universidad Complutense de Madrid.
- Profesor Alberto DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, Universidad San Pablo-Ceu de Madrid.
- Licenciado Oliver SORO RUSSELL, Universidad Complutense de Madrid.

Comité organizador:

- Profesora Doctora Alicia REAL PÉREZ, Universidad Complutense de Madrid.
- Profesora Doctora Lirio MARTÍN GARCÍA, Universidad de Valladolid.

- Profesor Doctor Emilio DÍAZ RUIZ, Universidad Complutense de Madrid.
- Profesor Doctor Manuel Ignacio FELIÚ REY, Universidad Carlos III de Madrid.

Inauguración:

- Excmo. Vicerrector de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid.
- Ilmo. Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Ilmo. Señor Decano del Colegio de Abogados de Madrid.
- Directora del Instituto de Bolsas y Mercados españoles.
- Director General de Autocontrol de la Publicidad.
- Profesor Doctor Emilio DÍAZ RUIZ, Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid y Socio del Despacho Uría Menéndez.
- Profesora Doctora Alicia REAL PÉREZ, Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, investigadora principal del Proyecto SEJ2006-07116 subvencionado por el MEC y Directora del Comité Organizador.

Conferencia inaugural:

- «Códigos de conducta: entre Hard Law y Soft Law», por el Profesor Doctor Stefano RODOTÀ, Ordinario de Diritto Civile en la Università della Sapienza (Roma), Miembro de la Comisión Europea de Expertos de Bioética, ex Garante della Privacy y ex Senador.

Mesas Redondas:

Autorregulación y Códigos de Conducta.

Modera e interviene:

- Profesor Doctor Manuel Ignacio FELIÚ REY, Titular de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid y Profesor encargado de la Cátedra Knight-Frank, con sede en dicha Universidad.

Intervienen:

- Profesor Jean Pierre DUPRAT, Professeur de Droit Public, Director del Institut de recherche en Droit Public, Université Montesquieu-Bordeaux IV.
- Profesor Doctor José María DE LA CUESTA RUTE, Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

- Profesora Doctora Alicia REAL PÉREZ, Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, investigadora principal del Proyecto SEJ2006-07116 sobre Códigos de Conducta.

Códigos de Conducta y Publicidad.

Modera e interviene:

- Profesora Doctora Lirio MARTÍN GARCÍA, Contratada Doctora de Derecho Civil, Secretaria de la Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación de la Universidad de Valladolid, Campus de Segovia y Secretaria del Comité Organizador.

Intervienen:

- Profesor Doctor Rafael ILLESCAS ORTIZ, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.
- Profesor Doctor José MASSAGUER FUENTES, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu-Fabra, Socio de Uría-Menéndez.
- Profesor Doctor José Domingo GÓMEZ CASTALLA, Director General de Autocontrol de la Publicidad.

Códigos de conducta y Mercados financieros.

Modera e interviene:

- Profesor Doctor Emilio DÍAZ RUIZ, Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid y Socio de Uría-Menéndez.

Intervienen:

- Profesor Doctor Cándido PAZ-ARES, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y Socio de Uría-Menéndez.
- Don Francisco URÍA, Secretario General de la Asociación Española de la Banca.

Conclusiones finales:

- A cargo de la Profesora Doctora Alicia REAL PÉREZ y del Profesor Emilio DÍAZ RUIZ.

Clausura:

- Profesor Doctor José ITURMENDI MORALES, Decano de la Facultad de Derecho de la UCM.

- Profesor Doctor Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Catedrático de Derecho Civil de la UCM.
- Profesor Doctor Gaudencio ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil de la UCM y Director del Departamento de Derecho Mercantil de la UCM.
- Profesora Doctora Alicia REAL PÉREZ, Titular de Derecho Civil y Directora del Comité Organizador.

El día 7 de marzo de 2008 se celebró, en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el XIII SEMINARIO DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ponencia: *Estado de Derecho y uso de la fuerza.*

Ponente:

- Stephen HOLMES. Walter E. Meyer Professor of Law. New York University School of Law.

Contraponente:

- Luis RODRÍGUEZ ABASCAL. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. UAM.

Los días 27 y 28 de marzo de 2008 se celebró, en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el XIV SEMINARIO DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ponencia: *Supuestos normativos de la pretensión de restitución de beneficios: intromisión en el derecho ajeno, incumplimiento contractual e ilícito extracontractual.*

Ponente:

- Enrique BARROS BOURIE. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

Contraponente:

- M.^a Paz GARCÍA RUBIO. Catedrática de Universidad de Derecho Civil. Vicerrectora de Calidad de la Universidad de Santiago de Compostela.

Ponencia: *Análisis comparativo de los criterios de atribución de riesgos en sedes contractual y extracontractual.*

Ponente:

- Enrique BARROS BOURIE. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

Contraponente:

- Antonio Manuel MORALES MORENO. Catedrático de Derecho Civil. UAM.

GUATEMALA

Los días 18 a 21 de febrero de 2008 se celebró en el Centro de Formación de la Cooperación Española, en Antigua (Guatemala), el SEMINARIO *LA ESCRITURA PÚBLICA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO*, organizado por el Ministerio de Justicia - Dirección General de los Registros y del Notariado, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional, AECI.

Dirección:

- Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado de la Dirección General de los Registros y Notariado - Ministerio de Justicia (España).

Coordinación:

- Tatiana MARTÍNEZ RAMOS, Directora de Programas y Proyectos de Cooperación Jurídica Internacional, Ministerio de Justicia (España).

Ponencias:

- «La necesaria definición de los derechos de propiedad a través de su formalización pública. Los procesos de titulación de la tierra en Iberoamérica», por F. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director del Curso. Registrador de la Propiedad. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de España.
- «Valor y eficacia del documento público notarial», por Ana FERNÁNDEZ TRESGUERRES, Notario. Letrada adscrita a la DGRN del Ministerio de Justicia de España.
- «Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial», por Ana FERNÁNDEZ TRESGUERRES, Notario. Letrada adscrita a la DGRN del Ministerio de Justicia de España.
- «Nuevas tecnologías aplicadas a la función registral», por F. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de España.

- «Necesidad de procedimientos rápidos de ejecución para el recobro de garantías. La importancia de la intervención notarial y registral en los procedimientos de ejecución y en la eficacia de las sentencias judiciales en general», por Ricardo CONDE DÍEZ, Magistrado, y Nicolás GONZÁLEZ CUÉLLAR, Catedrático de Derecho Procesal.
- «Los principios hipotecarios: La calificación registral de documentos judiciales», por F. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de España.
- «La lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales», por Nicolás GONZÁLEZ CUÉLLAR, Catedrático de Derecho Procesal.
- «Intervención de los notarios y los registradores en la lucha contra el blanqueo de capitales», por Ricardo CONDE DÍEZ, Magistrado.
- «Ponencias Iberoamericanas en relación a los temas presentados en las ponencias».

Conferencia de clausura:

- «La necesaria inamovilidad de jueces, notarios y registradores para la seguridad jurídica y el desarrollo económico. El proceso de formación en Derecho Notarial y Registral».

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Editorial Comares, Colección de Estudios de Derecho Privado, Granada, 2004, 270 págs.

por

JOSE ANTONIO DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil

El sistema de las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso sobre el que versa este libro abarca una problemática compleja, difícil de sistematizar en un estudio unitario y coherente. Con mayor motivo ante las sucesivas reformas legislativas de la LEC y Ley concursal. Al reunir a la vez tradición y actualidad en los diferentes campos, material, registral, procesal, se presta a un enfoque amplio desde la perspectiva multidisciplinar. El autor nos indica en la *Introducción* de la obra que con este enfoque multidisciplinar pretende ofrecer un estudio práctico: Lo que pretendo, dice, es el estudio dinámico del privilegio, como preferencia, en la ejecución y en el concurso, esto es, su dinámica en el régimen procesal y registral del crédito.

A lo largo de los ocho capítulos en que el autor distribuye la materia tratada, se ponen de relieve estos tres aspectos que, por su indudable interés, invitan a la lectura detenida del libro que ahora comento. En primer lugar, por contar con un estudio sistemático enfocado sobre el crédito hipotecario en relación con la ley de concurso. En ese contexto fronterizo nos presenta el profesor y magistrado, Doctor ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, un minucioso análisis de la protección preferente de los créditos dentro del actual sistema financiero.

En segundo término, por el enfoque desde una perspectiva realista. De la afección real y efectiva se sirve el autor como guía para resolver los espinosos problemas que suscitan las colisiones y conflictos en la aplicación práctica de los principios informadores.

Finalmente por su preocupación de facilitar al lector un razonable fundamento y valoración de los medios de tutela del crédito en la vertiente registral.

Su posición personal ante debatidos criterios de preferencia suele venir acompañada de incisos con reservas tales como: «en mi opinión» (pág. 66); «a mí me parece» (pág. 79); «yo entiendo» (pág. 65)..., que atribuyen al libro un estilo dialogante, lo que es de notar tanto por modestia del autor como respeto a la opinión de otras autorizadas en los diferentes ámbitos civiles, mercantiles, procesales, hipotecarios, sobre los temas tratados.

La lectura atenta del libro facilita, en efecto, la comprensión de numerosos problemas que suscitan en la práctica el crédito en el ámbito objetivo de la titularidad del derecho y la ejecución, parte importante del Derecho patri-

monial en general. Sería suficiente ese esfuerzo de poner sobre el tapete la coordinación ante el registro del proceso concursal y el proceso ejecutivo para justificar lo atractivo del trabajo. Pero, a mayor abundamiento, el autor presenta en el rico escenario del derecho patrimonial el régimen de los privilegios del crédito con un modo de ver siempre sugerente, documentado y entramado. En todo momento se aúnan la síntesis con la tesis en que fundamenta la línea principal que traza la dinámica. Ciertamente se trata de un estudio según sus palabras «dinámico», pero, ante todo, de un estudio precedido de mucha lectura, abundante aportación de la doctrina, de la jurisprudencia y glosa de las sucesivas reformas legislativas. En cada caso se acompaña una valoración concreta con su posición personal.

Con este enfoque, el Profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ distribuye la materia en ocho capítulos a partir de la incorporación de los principios de especialidad y rango a la ordenación racional del sistema financiero. Dichos principios acreditan la relevancia jurídica del Registro por contraste con los privilegios especiales y los generales donde no rige la especialidad ni por tanto la reserva de rango. Con los créditos escriturarios en el concurso culmina el estudio donde recoge las conclusiones alusivas a la nueva Ley concursal.

En el desarrollo del libro, el autor describe los diversos cauces de las preferencias crediticias y selecciona sus cotas en el procedimiento ejecutivo hasta la eficacia del remate y adjudicación en el proceso concursal y registral; se detiene en el fundamento y naturaleza del privilegio en un sistema crediticio fundado en el principio de publicidad para enfocar desde allí los diversos privilegios especiales («superprivilegios»), el privilegio refaccionario, y seguidamente los privilegios generales: tributario, seguridad social, salariales, escriturario. Bastaría ese elenco de cuestiones tratadas (extracto del sumario) para comprobar el interés del libro. Desde el punto de vista práctico aclara el protagonismo del Registro en la ejecución y concurso, los efectos de la declaración del concurso como afección concreta de bienes.

El autor precisa y concreta como objeto del trabajo la ordenación de las preferencias, tanto en su aspecto material como registral y procesal. Se propone, por tanto, una tarea de suyo ambiciosa, aunque según los términos de su planteamiento la lectura resulta accesible y hasta sencilla. De esa lectura detenida se desprende, en efecto, que rebasa con creces el único objeto según el autor pretendido.

A lo largo de las páginas abundan sugerencias también en otros sectores. Abundan las que pudiéramos llamar acotaciones marginales que responden y explican ese particular «modo de ver» a que con frecuencia alude el autor. Las notas a pie de página, por ejemplo, son, en su mayoría, extensas y detalladas. Bastaría detenerse con atención en la elocuente síntesis histórica del derecho patrimonial contenida en las notas 1 y 3. En ellas describe el tránsito del antiguo régimen del crédito territorial —con las llamadas cargas ocultas— a la reforma operada en la revolución burguesa con la libertad del dominio y de comercio. Las «perspectivas históricas» que recoge en estas notas son muestra de un dilatado y minucioso estudio del autor sobre la literatura española y alemana referentes al Derecho Patrimonial.

En el enfoque de la responsabilidad y la realización de preferencias crediticias expuesto en la nota 19, página 62, después de agudas observaciones críticas sobre el planteamiento de la responsabilidad patrimonial universal en su versión abstracta e idealista («el paraíso perdido») se inclina por la preferencia sobre bienes concretos, *hic et nunc*, que destaca y acoge como esquema

y metodología en el libro. Esos materiales que contienen sedimentos de historia se recogen también en la noción de hipoteca y su protagonismo para la formación del sistema financiero liberal. Es expresiva su atención por la génesis histórica al explicar la organización del Derecho Patrimonial en los sistemas consensualistas (pág. 150). Con la valoración crítica del sistema napoleónico: «crédito sin título es un alma en pena». El Código Civil, la legislación hipotecaria y la Ley del notariado incorporan la preferencia del crédito territorial con base en el principio de especialidad y la concepción del rango.

Especial interés ofrece el análisis del sistema crediticio en el Código Civil, los «tres escalones»: escritura, registro y crédito refaccionario, y el origen histórico de la escritura como raíz y fundamento del privilegio del crédito (pág. 267). Estas connotaciones marginales, de ordinario expuestas en notas a pie de página son, como ya se dijo, arrastre de una previa labor de investigación realizada por el autor en otros destacados trabajos.

La eficacia y/o la ineficacia del embargo «desde que se decreta» y las cuestiones implícitas, quizá sea uno de los puntos más sobresalientes en la construcción del libro. Como es sabido, la anotación de embargo no cierra el Registro a otros derechos sobre el bien embargado, a lo que responden los problemas relativos a la eficacia de los actos dispositivos respecto a terceros. La anotación de embargo y la posterior inscripción o anotación de derechos incompatibles, que el autor califica de «conflicto ontológico» (pág. 91), confirma que la función del Registro no radica en ordenar documentos sino, sobre todo, en la reserva de derechos, siempre al abrigo de la tutela judicial efectiva por cauces del procedimiento declarativo ordinario.

Insiste en el innegable interés de armonizar la función judicial con la función del Registro que queda a su amparo. A tal efecto rememora que la ampliación de la función judicial formulada en el artículo 118 CE y 17 LOPJ resuelve numerosas dudas que dejó pendientes la LEC de 1881. Basta pensar en la eficacia de la tercería de dominio en cuanto a la titularidad e identificación de la finca. A ella alude la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 5 de mayo de 2006 (BOE de 19 de junio de 2006), que invocando el «respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a Jueces y Tribunales» acoge el recurso en que el juez, en sentencia dictada sobre el dominio en juicio de tercería, decide el levantamiento de embargo, declara ser el dominio de la demandante y además ordena la inscripción. Es criterio reiterado en la jurisprudencia que la inscripción en el Registro de la Propiedad no constituye en nuestra legislación título de derecho, sino corroboración y garantía del existente (STS de 22 de diciembre de 1940).

Cierto que dicha ampliación supone que el espíritu de justicia no ponga en duda la selección de intereses merecedores de tutela judicial efectiva, que lleva a precisar aspectos de difícil cabida en el sistema registral, tales como las debidas garantías procesales en relación a los posibles interesados, la posibilidad de defenderse aquel contra quien se dirige la demanda frente al acreedor ejecutante, el ejecutado y el titular registral, aparte que en el objeto no haya dudas sobre identidad de la finca, dudas que sólo pueden resolverse judicialmente no en recurso gubernativo, como también los posibles daños y perjuicios en responsabilidad civil, que tienen su cauce adecuado en procedimiento judicial (art. 225 LH). La legitimación para ejercitar la acción de tercería radica en la titularidad de un derecho que se oponga al embargo y convierte en lícita la ejecución (STS 293/2002, de 21 de marzo, sobre el orden prelatorio entre créditos y tercería de mejor derecho).

De especial interés resulta la exégesis del artículo 670.5 de la LEC, que se refiere al procedimiento ejecutivo común, no al hipotecario. Este es más riguroso en la cancelación de cargas posteriores. El artículo 647 LEC es un precepto excepcional que debe ser interpretado por el juez para cancelar «con respeto a lo subsistente», y por consiguiente atender a la causa de la subsistencia. Lo que no tiene sentido que subsista, afirma el profesor Álvarez Cape-rochipi, debe cancelarse por el juez en uso de la potestad excepcional, que ha de ejercer moderadamente.

Digno de encomio es el modo de plantear cuestiones y la lectura de las resoluciones que comenta, que denota el avezado manejo de la praxis judicial. Abundan en este libro planteamientos precedidos de preguntas tales como: ¿qué se cuestiona?, ¿qué constancia registral tienen las preferencias crediticias?, ¿qué asientos posteriores deben subsistir tras el remate y la adjudicación?, ¿cómo se determina la preferencia? En particular son expresivas las respuestas dadas en los conflictos suscitados por la pluralidad de anotaciones preventivas con efectos positivos y negativos, o sobre los conflictos entre adjudicaciones con base en la preferencia extrarregistral.

El planteamiento de la eficacia de la ejecución de la hipoteca y la diferencia entre embargo e hipoteca con el alcance de la expresión «purga», aplicada a la tradicional cancelación de cargas posteriores (arts. 134 LH y 1.923 CC) es también exponente de la idea central que defiende el autor entre las relaciones entre la realidad registral y extrarregistral sobre el sistema de purga (pág. 66). Ser purgadas las cargas, advierte, no equivale a extinguirse el derecho necesariamente sin un juicio plenario correspondiente. La pérdida de derechos es distinta del efecto registral de la modificación del folio. De manera que la inscripción de adjudicación en las anotaciones preventivas no garantiza la titularidad del embargado, ni la identidad de la finca, ni la existencia de derechos reales manifiestos no inscritos ni situaciones extrarregistrales. La hipoteca tiene eficacia aun frente a los actos anteriores de enajenación o gravamen no inscritos por la eficacia ofensiva que sólo se detiene ante los inscritos, a diferencia de los privilegios (pág. 156).

Al concurso y el sistema registral dedica propiamente los capítulos IV y sucesivos. El análisis de la ley concursal, su ámbito de aplicación y los criterios interpretativos viene precedido de una introducción. En ella insiste en la preferencia de la afección singular. La valoración de la nueva ley merece al autor un juicio favorable al colocar el centro de gravedad en la insolvencia, no en la autonomía de la voluntad, sino en la preferencia por la afección singular. A su vez, le merece otro desfavorable por la desatención a la especialidad y prioridad del crédito escriturario. A su modo de ver se trata de una ley procesal y no sustantiva, por lo que el criterio de interpretación no innova en el régimen de las preferencias del crédito. Los créditos acreditados y los bienes identificados dentro del concurso son el ámbito de aplicación, con la doble eficacia solutoria y traslativa del concurso.

Es de especial interés el análisis del que llama «sistema de privilegios» donde examina la titulación pública: no hay privilegio sin título público, la idea de rango como ordenación del título público, y con estas notas la distinción entre privilegio y publicidad, con la valoración sugerente del debatido tema de la eficacia de la hipoteca.

Se detiene en la interpretación de la ley con agudos criterios de integración para llenar lagunas, entre otras, sobre la posesión de bienes del concursado, y aporta nuevos criterios de interpretación y de integración con base en

la coordinación con el Registro y la LEC. La nueva regulación del concurso con la eficacia dispositiva de los bienes plantea, en efecto, numerosos problemas de interpretación. La resolución de estos problemas debe hacerse, según sugiere, partiendo, en primer lugar, de la preferencia de la afección singular, que es el principio central del Derecho Patrimonial Civil después de la codificación y adquiere protagonismo en la nueva ley concursal.

En este punto desdén los veteranos conceptos de responsabilidad patrimonial universal, etc., en aras de la realidad innegable de unos bienes y de unas deudas o cargas tal y como existen aquí y ahora. En concreto forman el concurso créditos desiguales y de distinto rango. El Registro fundado en la afección singular garantiza la eficacia del concurso y el derecho de terceros anteriores o posteriores a la declaración de concurso. De manera que más que a un procedimiento universal se aproxima a una ejecución singular con pluralidad de ejecutantes.

Después de un examen detallado de los principios institucionales del concurso en la Ley Concursal y sus aplicaciones a situaciones concretas, como la enajenación de los bienes adjudicados y responsabilidad de los adjudicados por deudas anteriores o preferentes del concursado, afirma que la versión crítica de la ley concursal se manifiesta en que la prioridad escrituraria ha sido siempre el mecanismo preferente de resolución de los problemas concursales, mientras que la nueva ley olvida el valor de la causa exigible y cierta.

Las leyes especiales en el régimen de privilegios son objeto de detallado examen. Los privilegios especiales inmobiliarios: los superprivilegios, que permiten perseguir los bienes, aunque ya no se encuentren en el patrimonio del deudor, como de la hacienda pública, de los aseguradores, del crédito salarial. Analiza el conflicto entre privilegios y superprivilegios en el concurso, los de rango registral fundados en la inscripción, y los inmobiliarios refaccionarios, sus clases en particular los no registrados.

Reserva para el final de la obra la atención a los privilegios generales. Allí se detiene en el crédito escriturario y abunda en la opinión de que los créditos escriturarios sean reconocidos en el concurso. Esta opinión se sustenta con una argumentación detallada. La preferencia del crédito escriturario, privilegios escriturarios, responde, dice, a una razón de justicia que favorece los créditos más antiguos y de ordinario menos sospechosos de fraude al sentirse la insolvencia. Por otra parte, la prioridad presta importancia y seguridad al tráfico por la fehaciencia y garantías que se incorporan al documento en el acto de otorgamiento. En efecto, en el acto del otorgamiento se incorpora el crédito a la causa del documento y adquiere un juicio de verosimilitud en que se justifica su preferencia. Su cumplimiento es más que un título de prueba y su ejecutividad es inmediata. En la conclusión confirma que en el documento escriturario ha de constar el testimonio de la causa exigible y cierta, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.277 del Código Civil. Los créditos escriturarios deben siempre testimoniar sobre la causa. Como el crédito escriturario es privilegio general, no rige el principio de especialidad y no se aplican los principios de reserva de rango que se establecen por la publicidad. En operaciones meramente formales siempre cabe la sospecha de fraude y supone conflictos entre otorgamiento, vencimiento y exigibilidad.

Cabría destacar además, a efectos de preferencia, la importancia de la fecha en un crédito escriturario según la jurisprudencia. No puede quedar un crédito escriturario indubitado de fecha anterior en peor condición que otros posteriores en el tiempo por efecto de una sentencia que puede ser ganada a

consecuencia de circunstancias extrañas al propio crédito, o dejar en manos del acreedor más diligente, o del deudor más parcial, la anticipación de un fallo que habría de perjudicar al crédito preferente, prevención de que advierte la STS de 9 de julio de 1990 para resolver el conflicto preferencial entre la fecha de la escritura y la sentencia de remate recaída en el caso controvertido.

Reprocha el profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPI que en la elaboración de la Ley Concursal haya sido preocupación principal la criba de privilegios con descuido de importantes aspectos civiles, entre ellos no tener en cuenta la elaboración jurisprudencial de la preferencia escrituraria.

En definitiva, en el esquema, metodología y desarrollo de este estudio se dan cita los tres oficios del autor. El oficio de un profesor experto en la investigación y docencia, de un juez adiestrado en la realidad conflictual, y en conjunto de un civilista que maneja la exégesis de los textos a la luz de instituciones básicas como la propiedad y la posesión enlazadas a la causa del crédito, que dan razón de las prerrogativas y preferencias más allá de las puntualizaciones sobre aspectos secundarios. La lectura atenta del libro acredita esta valoración personal que ilustra la problemática que suscita el crédito entre el proceso ejecutivo y el concursal.

José CERDÁ GIMENO, *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*.
Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 229 págs.

por

JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil

Este libro, que lleva por título *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, versa sobre una materia que atrae la atención doctrinal y de gran repercusión en la vida económica actual. Forma parte de las monografías editadas por la Editorial Tirant lo Blanch, 510.

En una «Nota previa», en la que nos da cuenta de la historia de la redacción, origen y fuentes en que se apoya el propio autor, indica el «propósito ensayístico» que la obra representaba inicialmente y que todavía por su amplitud le representa. Emplea el término ensayo, entendido como un estudio «sin ánimo dogmático», lo que a primera vista puede parecer contradictorio, ¿un ensayo no dogmático? Pero, ciertamente, no lo es. El autor pretende ofrecer a «futuros investigadores» los frutos de este estudio y por lo tanto anuncia que lo hace «sin ninguna pretensión dogmática». Este trabajo adquiere forma definitiva en el año 2006, pero como fecha de composición remonta a un proyecto de investigación previo al curso de doctorado en que siendo entonces notario ejerciente, académico y doctorando, indagaba ya como base de partida en la configuración teórica de la protección del derecho de crédito. Defendido el proyecto en la Facultad de Derecho de Valencia el año 2001 ha sido objeto de retoques sucesivos. A estos avances alude en dicha nota.

El trabajo en comentario readapta anteriores reflexiones sobre los medios de protección y defensa del derecho de crédito desde que en 1995 publicó la monografía titulada *La protección del crédito en la jurisprudencia*. Precisamente a este estudio remite en el libro en comentario, pero ahora con particular

insistencia en las modalidades de protección indirectas. Con el enfoque general de la protección del crédito plantea la cuestión primordial de si es posible la configuración unitaria de las diferentes medidas indirectas. El tema básico de investigación gira en torno a una pregunta, ¿de qué modo puede configurarse jurídicamente un nuevo «topos» (como ocurre con las figuras tradicionales y conocidas) con este conjunto de otras medidas indirectas «no tópicas», más bien atípicas, de protección del derecho de crédito? Medidas que, efectivamente, esparcidas y dispersas abundan en los diversos sectores de nuestro ordenamiento.

A tal efecto el autor se detiene como punto de partida en los medios tradicionales de tutela del crédito, tanto directos como indirectos, con el fin de establecer desde un lugar común criterios distintivos entre ellos. Responde este «pequeño ensayo» (así lo califica) a vertebrar de modo plausible o coherente la variada tipología de supuestos fácticos y normativos que pueden dar lugar a la protección del derecho de crédito.

En sede preliminar del trabajo recoge exposiciones doctrinales autorizadas sobre el tratamiento dogmático y conceptual y selecciona la ubicación normativa en el Código Civil. De este primer análisis resulta que la nota común que presentan es la dispersión. Precisamente de la dispersión se sirve el autor para justificar la oportunidad de su estudio, basado en vertebrar los medios indirectos dotándoles, como ya se dijo, de una configuración jurídica unitaria.

Las consideraciones sobre la indeterminación, que emplea de propósito en la «indefinición del título del trabajo», enuncian la temática central expuesta en este libro que, en su conjunto, invita a repensar puntos clave del Derecho de obligaciones sobre la relación obligatoria desde los diferentes ámbitos y en particular en la fase dinámica. Por tratarse de una relación bipolar, se contempla de una parte el alcance del deber de prestación del deudor, con el elemento integrante de la responsabilidad patrimonial, y de otra parte el derecho del acreedor a la satisfacción, con el refuerzo de la defensa frente a los actos de contravención o el peligro de que pueda producirse la insatisfacción. De manera que la vida del crédito animada con la energía interna de la garantía y la elección de medidas reparadoras o sancionadoras que asisten al acreedor con apoyo en la reacción del ordenamiento frente a la lesión diseñan el marco principal en que se desarrolla este estudio.

Como puede advertirse, el autor presenta una panorámica espaciosa. La problemática general le sirve de esquema para la orientación general metodológica que consiste en el paso de una perspectiva, que llama *subjetivista*, de impronta legalista o normativista («de concesión por la ley de facultades, poderes, medios y acciones al titular del derecho de crédito»), a otra *objetivista*, que se centra en la garantía patrimonial del deudor (pág. 37). Esta nueva perspectiva es rica en consecuencias jurídicas en el plano de la aplicación de los supuestos normativos e interpretación de las medidas indirectas.

Las precedentes orientaciones explican que la lectura atenta del libro provoque, a su vez, interrogantes que inducen a reconsiderar nociones básicas en torno a la garantía patrimonial, qué entender por protección y por defensa, qué se protege, qué tipos de protección, qué alcance tiene la conservación de la garantía y la guarda de las cosas dadas en garantía, en qué se fundamenta la tutela indirecta, hasta dónde el control de los actos perjudiciales para impedir la merma con salidas de bienes, fraudes y daños, entre tantas otras cuestiones implicadas.

En su totalidad se trata de una materia de investigación a que el propio autor, como antes se dijo, ha dedicado anteriores estudios y a ellos se remite con frecuencia en este libro. El libro muestra cómo la protección del crédito no está encerrada en los medios directos. Los puntos agrupados (al estilo del autor) en conjuntos y subconjuntos confluyen en el que puede ser titulado «protección del acreedor», título que evoca la aportación y el interés de la obra que ahora se presenta. En definitiva, en qué puntos se unen los medios de protección y en qué notas se separan para establecer la diferencia entre los supuestos normativos de protección directa e indirecta.

Para dar respuesta a la pregunta inicial, estructura el libro dividido no en capítulos y secciones como es usual sino en epígrafes con sus correspondientes recopilaciones. La parte central del trabajo compendia los tipos de «reacción» del ordenamiento solicitados por el acreedor ante el temor fundado (medidas de tutela preventiva) y las consecuencias desfavorables de la contravención, perturbación o lesión del crédito. Al examen de las medidas tradicionales sobre la protección del derecho de crédito, según la doctrina y jurisprudencia en relación con el modelo o idea global, dedica el epígrafe II. En este epígrafe sitúa el ángulo de observación sobre la distinción entre los medios directos de protección del crédito, procesales (embargo, secuestro conservativo, medidas aseguradoras) y sustantivos (las acciones subrogatoria, revocatoria o pauliana, rescisoria), y los llamados indirectos, que componen el asunto de estudio. La contraposición entre ambas modalidades es objeto de análisis en el apartado III (en particular, pág. 34 y sigs.) donde observa que, pese a la dispersión de remedios variados, estos tienen en común una función unitaria: la tutela preventiva del derecho o interés patrimonial del acreedor en la realización del crédito. Insiste en ese riesgo del crédito que consiste en la insolvencia del deudor, adhiriéndose, no sin cierto reparo, a las aportaciones del profesor ORDUÑA MORENO en la presentación de un elenco de supuestos. Con la elección puntual de algunos supuestos enfoca el apartado III desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 1.911, precepto que fija el núcleo material duro, «vertebrador», que se refleja en diversos campos normativos, tanto en el Derecho Público como en el área del Código Civil. En el epígrafe V adelanta su posición personal sobre los criterios distintivos en las medidas cautelares a través de la exposición seleccionada de textos normativos sistematizados por materias con la recapitulación en orden a los supuestos seleccionados que compone el epígrafe VI. En el epígrafe VII condensa el «tema básico de la investigación» con la recapitulación final que desemboca en el «gran tema» de si cabe la reconducción unitaria a un «nuevo topos». Finaliza la obra con el Apéndice de Bibliografía y Jurisprudencia sobre los medios de protección y defensa del derecho de crédito. En este epígrafe destacan 77 artículos seleccionados del Código Civil, cada uno de ellos acompañado de sus correspondencias, bibliografía y jurisprudencia, ordenados según la distribución sistemática clásica de materias de Derecho Civil. Dicho Apéndice abarca las páginas 81 a 223.

Lo hasta aquí expuesto patentiza el dilatado esfuerzo para relanzar una idea incompletamente desarrollada y abrir puertas a nuevos interesados en lo dicho. Es de agradecer la abundante información para ese «saber más» que entrega con ánimo de liberalidad a la investigación futura. Por cierto que también a la suya propia, como se comprueba en la colaboración al libro homenaje del Profesor AMORÓS GUARDIOLA con el título *En torno a la garantía patrimonial (releyendo un texto del Profesor Doctor don Manuel Amorós Guardiola)*, pág. 2161.

En uso de la invitación del autor a hacer sugerencias y valoraciones personales, me limitaría a intercalar dos incisos. Uno de ellos, de carácter objetivo, sobre el significado del crédito como elemento activo del patrimonio del acreedor, y otro subjetivo, acerca del ámbito de protección del acreedor como destinatario de la tutela efectiva en esa selección de medios indirectos con los cuales hacer frente a la agresión o salir al paso de los actos perjudiciales de conservación de la garantía o de los bienes integrantes del patrimonio del deudor. Estos aspectos forman el núcleo fundamental de los medios tradicionales en un contexto que actualmente ha variado.

Con relación al aspecto objetivo conviene recordar, para evitar confusiones, que la definición de crédito tropieza con el significado que se da a esa palabra. El significado etimológico del término *creditum* se entiende a partir del esquema clásico del préstamo como *certum dare* dirigido hacia la restitución. Pero no hay que perder de vista la plurivalencia atribuible hoy a ese término. Ni tampoco se reduce al acto unilateral expresivo de una deuda de restitución correlativa a la *datio* o entrega de una suma, con pacto de intereses si estos se estipulan, ni a un solo acto sino a operaciones con base en la movilidad que en su circulación rebasa la esfera originaria de bipolaridad de la relación obligatoria. Hoy se admite sin dificultad que el crédito con interés no reposa sobre la técnica del préstamo, a lo que sin duda responde la «indefinición» que el autor señala en el título del trabajo. En otro contexto de economía de mercado, la expansión del crédito abarca los títulos de crédito, las operaciones de crédito, la considerable intervención de los bancos en el acceso al crédito, la fácil circulación de los títulos hipotecarios, las garantías autónomas, etc. Por eso el título de la obra que comento se centra en los medios específicos de defensa y fija la protección para preservar o realizar el acreedor su interés precisamente en la fase dinámica de la relación obligatoria, entendida como relación jurídica de colaboración, no de subordinación o supeditación entre los titulares de los dos polos. La responsabilidad como elemento integrante de la relación obligatoria sirve de *relatio* o referencia tanto a los medios directos como indirectos. Que la responsabilidad patrimonial pueda considerarse como universal no implica que no sea ordenada, por lo que admite la preferencia entre título y los medios de defensa.

Se trata aquí, por consiguiente, de la protección tal como se presenta en la relación obligatoria total el sector del derecho de crédito, lo que no excluye la referencia genérica a la tutela jurídica dispensada al crédito en las nuevas formas y diferentes tipos de garantías o refuerzos para incitar al deudor a cumplir. Formas de tutela coactiva e indirecta de las obligaciones accesorias (por ejemplo, cada día de retraso), en mayor medida los derechos del acreedor que requieren en cada caso determinar a quién se imputa la responsabilidad, la legitimación y la inoponibilidad a terceros. Aparte la dificultad de concretar cómo reducir a unidad y organizar una masa patrimonial en los nuevos tipos de patrimonio finalizado. Baste pensar en los nuevos problemas en torno a las «fugas» de bienes del patrimonio personal conforme a las nuevas hipótesis de patrimonio independiente como masa de garantía. El acto de afectación de bienes a una finalidad atrae las exigencias económicas de gestión y conservación de la autonomía, como la fiducia en la esfera contractual o en el patrimonio separado para operaciones financieras complejas, tipificado dentro del margen de autonomía en la determinación del fin y el estatuto de la responsabilidad patrimonial. Las relaciones entre masas patrimoniales del mismo titular llegan a poner en duda esa vigencia del principio de universal que se toma en el estudio como

base de la garantía genérica, «la clave de bóveda» de las medidas protectoras (pág. 38) e incluso de unidad del patrimonio. La nueva tipología con el efecto de la segregación patrimonial comprende acciones típicas si pero para cada clase de acreedores o si los acreedores concurren en interés colectivo sobre la masa. Con mayor motivo la merma o el recorte de privilegios en la nueva ley concursal cuando el peligro que amenaza conduce a negarse a la protección preferente, si llega el caso, porque la posición del deudor o la situación económica no le permite la satisfacción conforme al título.

En relación al aspecto subjetivo es importante atender las medidas y límites de protección, no ya del crédito en sí sino del acreedor para asegurar que su razonable arbitrio en la elección se manifieste con claridad y precisión en los actos de renuncia, plazo de gracia, reducción de deuda, suspender la ejecución, renovar o revisar, o sin exceso en el ejercicio del derecho sobre la parte en principio más débil en la relación obligatoria. De otro lado, en el polo de la sanción del comportamiento del deudor y los actos en contravención enlazan con específicos deberes de colaborar el acreedor para elegir como solución adecuada la más ajustada no la más gravosa. Lo que en términos económicos se predica como la máxima eficiencia con el mínimo coste, y en términos usuales conductas que hay que seguir o comportamientos que hay que evitar. No le pasa inadvertido al autor al preferir en el análisis el término «medios» al de «medidas», que conceptualmente, dice, siempre apuntan a una idea de proporción o proporcionalidad que, por principio, añade, no parece esencial al tema (pág. 31).

Pero es indudable que una vertebración —vertebrar es dar consistencia y armonía coherente— de los medios indirectos de protección debe acomodarse *per relationem* a los elementos constitutivos del crédito en lenguaje jurídico y económico. En particular, la adaptación de las cláusulas a la duración, *ex ante* o en fase de realización, a la confianza o fiducia, que influye en los actos de conservación de la garantía y de las cosas dadas en garantía y gestión del patrimonio o de los bienes individualizados, y al riesgo del crédito en función del carácter patrimonial o extrapatrimonial del daño o contravención, sin desatender el riesgo de las cosas ni del contrato, no subsumible en los aleatorios donde las garantías enlazan por naturaleza con el objeto o con la causa. Basta pensar en la propiedad fiduciaria, en las transmisiones de propiedad en garantía de un crédito a través de medios indirectos, que son origen de no pocos conflictos sobre pactos no admisibles, como suele ocurrir en la venta en garantía de una deuda como negocio fiduciario o la venta con pacto de retro en la frontera con la prohibición de pacto comisorio (STS de 26 de abril de 2001, R. 2037).

En definitiva, despejado el campo de observación, queda expedito para nuevas rutas de investigación a las que aporta este libro sugerencias de pasado, de presente y orientaciones de futuro al servicio de la protección y defensa del crédito. Particularmente adopta *vis atractiva* la propuesta del paso de una perspectiva legalista, de «concesiones legales», a una cualificación personal que acomoda la posición del acreedor en el centro de la garantía patrimonial del deudor. No deja de ser un paso adelante partir de que las leyes no pueden ser completas y no constituyen todo el Derecho. Dejar lugar al ejercicio razonable del derecho por el acreedor conforme a las verdaderas exigencias del crédito, de manera que la vida del crédito quede abierta a razones de justicia en las circunstancias de los máximos y los días da cumplida su función primaria. No deja de serlo ponerse al servicio de la capacidad de compromiso

patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones sin agravar el cumplimiento razonable, sin empobrecer al deudor ni enriquecer al acreedor.

La insolvencia como perjuicio del crédito puede provenir de lesión provocada, lo que traslada la carga de la prueba al deudor, o fortuita, más cercana al riesgo inherente al crédito. El riesgo del crédito es la duda imprevisible de insolvencia y las operaciones económicas en principio tienen alergia a dicha duda, por lo que es más frecuente el empleo de medios indirectos. La actividad comercial necesita certeza y la garantía supone reducir la cota de riesgo. En la autonomía privada y sus limitaciones, intrínsecas y extrínsecas, se encuentra un arsenal propicio para la selección de criterios distintivos al contar con ese núcleo de principios generales adecuado a la coherencia y armonía, atender lo que se pacta y la puesta en marcha de correcciones *ad casum* para excluir o limitar las medidas restrictivas por quien solicite su aplicación.

En el actual desplazamiento hacia lo atípico, por el que atraviesan los contratos, encajan variados supuestos específicos de protección indirecta del crédito en uso del principio regulador básico de la libertad contractual. De manera que si con base en la autonomía se configuran los contratos atípicos, nada obsta a buscar en el marco general de la garantía genérica la razón de los medios y medidas indirectos a atípicos de protección del crédito. Los medios de protección, en definitiva como mecanismos de «reacción», no desatienden los que otro pueda argüir en sentido opuesto. De aquí que en los supuestos fácticos la misma tutela jurídica del crédito en la vertiente negativa impida a una parte obtener ventajas desproporcionadas o exceso de beneficio obtenido a costa de la posición de debilidad de la otra. A esto contribuyen las cláusulas contra su voluntad o sin darle la razonable oportunidad de conocer su contenido. Aunque ciertamente este modo de reaccionar sería más propio de las «medidas» desproporcionadas que de los «medios», según la distinción del autor. En último término sería desviarse o salir del objetivo concreto marcado como finalidad de esta obra: el *quid conceptus*.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA

Número 43 (Enero-Junio 2007)

«La Constitución Europea», por Juan Cruz ALLÍ ARANGUREN.— pág. 9.

SUMARIO: 1. PROCESO DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN.—2. NATURALEZA JURÍDICA Y EFECTOS.—3. ESTRUCTURA: 3.1. EL PREÁMBULO. 3.2. PARTE I. LOS PRINCIPIOS GENERALES. 3.3. PARTE II. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN. 3.4. PARTE III. LAS POLÍTICAS Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN. 3.5. PARTE IV. DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES.—4. COMPETENCIAS DE LA UNIÓN.—5. LA REORDENACIÓN INSTITUCIONAL Y LAS NUEVAS MAYORÍAS PARA LA ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS: 5.1. EL PARLAMENTO EUROPEO. 5.2. EL CONSEJO EUROPEO. 5.3. EL PRESIDENTE DEL CONSEJO EUROPEO. 5.4. EL CONSEJO DE MINISTROS. 5.5. LA COMISIÓN EUROPEA: 5.5.1. *El Presidente de la Comisión Europea*. 5.5.2. *El Ministro de Asuntos Exteriores*. 5.6. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 5.7. OTRAS INSTITUCIONES: 5.7.1. *El Defensor del Pueblo Europeo*. 5.7.2. *El Banco Central Europeo*. 5.7.3. *El Tribunal de Cuentas*. 5.7.4. *El Comité de las Regiones*. 5.7.5. *El Comité Económico y Social*. 5.8. LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO.—6. LAS FUENTES DEL DERECHO: LEYES EUROPEAS, LEYES MARCO, EL REGLAMENTO EUROPEO EJECUTIVO, EL REGLAMENTO EUROPEO DELEGADO Y LA DECISIÓN EUROPEA. OTROS ACTOS NO NORMATIVOS: RECOMENDACIONES Y DICTÁMENES: 6.1. ENUMERACIÓN Y ALCANCE. 6.2. REGLAS GENERALES.

«La transición política en Navarra (1975-1979): la democratización de las instituciones forales y Navarra en la Constitución de 1978», por Francisco Javier ENÉRIZ OLAECHEA, pág. 53.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA TRANSICIÓN POLÍTICA EN ESPAÑA: 1. LA REFORMA POLÍTICA EN ESPAÑA. 2. UN APUNTE SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.—II. NAVARRA EN LA TRANSICIÓN POLÍTICA: 1. LA REINTEGRACIÓN FORAL. 2. NAVARRA Y EL ENTE PREAUTONÓMICO VASCO.—III. NAVARRA EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. UNA MENCIÓN ESPECIAL A LAS DISPOSICIONES ADICIONAL PRIMERA Y TRANSITORIA CUARTA: 1. NAVARRA EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. 2. EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN. 3. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DE LA CONSTITUCIÓN.—IV. LA DEMOCRATIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES FORALES. EL REAL DECRETO 121/1979, DE 26 DE ENERO, DE

NORMAS SOBRE ELECCIONES LOCALES Y ORDENACIÓN DE LAS INSTITUCIONES FORALES DE NAVARRA: 1. FINALIDAD Y ELABORACIÓN DEL REAL DECRETO. 2. CONTENIDO. 3. CARACTERÍSTICAS.—V. LAS NUEVAS INSTITUCIONES FORALES DEMOCRÁTICAS. EL PARLAMENTO FORAL Y LA DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA: 1. EL PARLAMENTO FORAL. 2. LA DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA. 3. LAS RELACIONES ENTRE EL PARLAMENTO FORAL Y LA DIPUTACIÓN FORAL EN LA LORAFNA.—NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«Hacia la implementación de un sistema global de acceso electrónico a las Administraciones Públicas españolas», por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LÍMITES DE ESTE TRABAJO. 2. NECESIDAD DE TRATAR POR SEPARADO —TANTO DOCTRINAL COMO LEGISLATIVAMENTE— EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN SOPORTE PAPEL Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN SOPORTE ELECTRÓNICO. 3. EL FOMENTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO FUNCIÓN PÚBLICA: A) *El artículo 45.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y el preámbulo del Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero.* B) *De cómo el ordenamiento jurídico administrativo español deja atrás una fase en la que las Administraciones Públicas tenían la potestad de determinar si los particulares podían o no comunicarse con ellas por medios electrónicos, y ha entrado en otra nueva en que se reconoce a los particulares la potestad de acceso electrónico a las mismas.* C) *Deber correlativo de las Administraciones Públicas de «dotarse de los medios y sistemas necesarios» para que los interesados puedan ejercer eficazmente esa potestad:* a) Un deber que constriñe a las Administraciones Públicas a cooperar en la construcción de un sistema global para acceder a ellas por medios electrónicos; b) Un sistema de inusitado aliento pues no sólo está concebido para facilitar el acceso electrónico de los interesados a todas las Administraciones Públicas, sino también a la totalidad [*sic*] de los procedimientos administrativos. D) *Democracia de proximidad y nuevas tecnologías.* 4. ES NATURAL —Y HASTA INEVITABLE— QUE ENCUENTRE RESISTENCIA, TANTO EN LOS USUARIOS COMO EN LOS SERVIDORES PÚBLICOS, LA TRANSFORMACIÓN DE UNA ADMINISTRACIÓN HABITUADA A DOCUMENTAR SUS ACTUACIONES EN SOPORTE PAPEL EN UNA ADMINISTRACIÓN ACCESIBLE ELECTRÓNICAMENTE: A) *Eventual desconfianza de los potenciales usuarios:* a) Vulnerabilidad del equipo físico (Hardware) y del equipo lógico (Software); b) Vulnerabilidad de la información. B) *Según es propio de toda revolución científica el paradigma emergente de la administración electrónica implica un cambio de mentalidad.*—II. ANÁLISIS SUCINTO DE LA «LEY DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS» (LAE): 1. DENOMINACIÓN Y CATÁLOGO DE DEFINICIONES: A) *Tres significantes de significado problemático en la denominación de la nueva Ley:* a) «Ciudadanos»: ¿Y ¿por qué no «interesados» o «usuarios»?; b) «Electrónico»: ¿Es que «informático» y «telemático» caen en desuso?; c) «Servicios Públicos»: ¿Servicios de la Sociedad de la información? ¿Servicio público de cuño francés o cualquier tipo de actividad de la Administración? ¿También la que se lleva a cabo en régimen de Derecho Privado? B) *Anejo de definiciones.* 2. CARACTERES DE LA LAE: A) *Una ley que integra, con la LRJ-PAC, la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, y la Ley de*

Firma electrónica, la cabecera del grupo normativo sobre aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración Pública española. B) *Una Ley estatal que es «ley básica»:* a) La Disposición Final 1.ª; b) La distinción entre «ley básica estatal» y «ley complementaria autonómica»; c) Prevalencia de la norma básica estatal sobre la complementaria autonómica; d) El sistema global como resultado de la actividad normativa concurrente del Estado (norma básica) y de las Comunidades Autónomas (normas complementarias). C) *Una Ley que siguiendo la estela del impulso comunitario a la iniciativa e-Europa, declara en la Exposición de Motivos que sus artículos 6, 7 y 8 son transposición de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.* 3. PLAZO PARA LA ENTRADA EN VIGOR DEL SISTEMA GLOBAL PARA EL ACCESO ELECTRÓNICO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS: A) *Inmediata entrada en vigor respecto de los procedimientos ya adaptados a la LAE.* B) *Progresiva entrada en vigor respecto de los restantes procedimientos:* a) Administración General del Estado; b) Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas; c) Corporaciones Locales. C) *Innecesaria derogación, expresa y parcial, de tres artículos de la LRJ-PAC, y de la Disposición Adicional 18.ª de dicha Ley:* a) Artículo 59, número 3; b) Artículo 45, números 2, 3 y 4; c) Artículo 38, número 9; d) Disposición Adicional 18.ª—III. LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA: 1. IDEA GENERAL: A) *De la Teoría General de Sistemas y de cómo la LAE maneja la terminología sistémica con absoluta corrección.* B) *El federalismo cooperativo como fundamento del sistema cuya construcción habrá de estar terminada en 31 de diciembre de 2009.* C) *La teoría de las funciones directivas como herramienta metodológica para construir un «sistema conceptual» —en definitiva, un modelo— que permite entender el «sistema físico» que la LAE ordena construir.* 2. PLANIFICACIÓN: A) *Planes y programas conjuntos (art. 40.2.B):* a) Fundamento; b) Sujetos; c) Procedimiento de elaboración; d) Efectos. B) *Esquemas Nacionales:* a) Concepto, naturaleza y clases; b) Procedimiento, contenido y efectos. C) *Calendarios-programa:* a) Calendario para el cumplimiento progresivo de las disposiciones sobre lenguas oficiales (Disposición Adicional 6.ª); b) Calendario de aplicación gradual de procedimientos y actuaciones (Disposición Final 3.ª, núm. 2, inciso final). D) *Plan de implantación de medios en la Administración del Estado (Disposición Adicional 3.ª):* a) Naturaleza y ámbito de aplicación; b) Procedimiento; c) Contenido; d) Ejecución. 3. ORGANIZACIÓN: A) *Creación de Registros Administrativos:* a) Registros electrónicos de entrada y salida de mensajes (art. 24); b) Registro de funcionarios habilitados para la identificación de usuarios (art. 223). B) *Creación de «sedes electrónicas» (art. 10).* C) *Creación de oficinas de atención personal, creación de puntos de acceso y creación de servicios de atención telefónica para facilitar el acceso al sistema (art. 8).* D) *Creación de entornos cerrados de comunicación (art. 20).* E) *Organización del tele-trabajo en la Administración General del Estado (Disposición Final 6.ª).* F) *Formación del personal (Disposición Adicional 2.ª).* 4. MANDO O DIRECCIÓN STRICTO SENSU: A) *El concepto de Administraciones Públicas en la LAE, ¿es aplicable y en qué medida la LAE a la Administración Militar?* B) *Pluralidad de sujetos que habrán de intervenir en la implantación del Sistema.* 5. CONTROL: A) *Seguimiento y evaluación de los planes y programas conjuntos por la Conferencia Sectorial de Administración Pública (art. 40):* a) Naturaleza; b) Composición y grupo normativo; c) Competencia y procedimiento para la toma de acuerdos. B) *En la Administración General del Estado: Quejas al*

«Defensor del usuario de la administración [en sentido objetivo] electrónica» (art. 7): a) Creación y grupo normativo regulador; b) Adscripción orgánica, competencia y funciones; c) Dotación de medios materiales y determinación de una serie de órganos que han de prestarle asistencia para el ejercicio de sus funciones.—IV. LOS ELEMENTOS O SUBSISTEMAS: 1. EL SUBSISTEMA NORMATIVO. 2. RED DE COMUNICACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS (ART. 43). 3. RED INTEGRADA DE ATENCIÓN AL CIUDADANO (ART. 44). 4. EL SUBSISTEMA PÚBLICO SECTORIAL (DISPOSICIÓN ADICIONAL 4.^a). 5. EL SUBSISTEMA EMPRESARIAL PRIVADO (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS V).—V. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA: 1. PRINCIPIOS O REGLAS A LOS QUE HAN DE AJUSTARSE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE LOS PARTICULARES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, DE ÉSTAS CON AQUELLOS, Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ENTRE SÍ (ART. 27): A) *Regla general: libertad de los particulares para elegir el medio para comunicarse con la Administración y para optar luego por otro distinto.* B) *Excepción a la regla general: la Administración puede decidir que determinados particulares sólo puedan comunicarse con ella por medios electrónicos.* C) *Reglas especiales.* 2. PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE DIARIOS OFICIALES, DE TABLONES DE ANUNCIOS Y DE EDICTOS: A) *Publicación de diarios oficiales en las sedes electrónicas* (art. 11). B) *Publicación de tabloneros de anuncios y de edictos* (art. 12). 3. SUCINTA REFERENCIA A LA «GESTIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS»: A) *Dos conceptos que hay que diferenciar: el procedimiento administrativo y la gestión electrónica del mismo.* B) *Dos «disposiciones comunes»* (arts. 33 y 34) *que se pueden entender mejor si se lee antes el artículo 39: a)* Distinción entre la gestión electrónica y el derecho sustantivo y procesal que regula la correspondiente actividad (art. 35.1); *b)* Preceptivo rediseño previo del procedimiento para cuya gestión se pretende aplicar medios electrónicos (art. 34).—VI. FINAL: UN PASO ADELANTE EN LA DEMOCRATIZACIÓN (EN SENTIDO SOCIOLÓGICO) DE TELÉPOLIS: 1. UNA CIUDAD QUE NO SE HALLA EN NINGÚN LUGAR Y QUE ES YA, EN ESTE MOMENTO, LA MÁS POBLADA DEL PLANETA. 2. EL «POR QUÉ» Y EL «PARA QUÉ» DEL DEBER QUE LA LAE IMPONE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE IMPLEMENTAR UN SISTEMA GLOBAL PARA HACER EFECTIVO EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE LOS INTERESADOS DE ACCEDER A ELLAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

«Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores», por M.^a Victoria de Dios Viéitez, pág. 167.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE MENORES ANTES DE LA REFORMA DE 1987. LOS DECRETOS DE 11 DE JUNIO Y DE 21 DE JULIO DE 1948. EVOLUCIÓN POSTERIOR: 1. PRELIMINARES. 2. LAS JUNTAS DE PROTECCIÓN DE MENORES. 3. LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES: NATURALEZA Y COMPETENCIAS A LA VISTA DEL DECRETO DE 11 DE JUNIO DE 1948: A) *Naturaleza.* B) *Competencias: en particular, la facultad protectora. Ámbito y efectos.*—III. EVOLUCIÓN POSTERIOR. LA TUTELA ADMINISTRATIVA.—IV. LA GUARDA ADMINISTRATIVA DE LOS MENORES POR MEDIO DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR: 1. LA GUARDA ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN DE BENEFICENCIA. 2. EVOLUCIÓN POSTERIOR.—V. CONCLUSIONES.

ANUARIO DA FACULTADE DE DEREITO
DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Número 11 (2007)

- «El impacto de la globalización sobre el derecho del trabajo en Italia. La mediación de la Unión Europea», por Anna ALAIMO, pág. 9.
- «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», por Ana ALEMÁN MONTE-RREAL, pág. 27.
- «Los proyectos de recopilación del Derecho indiano en época de Felipe IV», por Francisco J. ANDRÉS SANTOS, pág. 45.
- «La regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y a plazo en Alemania. Estudio comparativo con la regulación de los contratos precarios en España», por Alberto ARUFE VARELA, pág. 71.
- «Sobre el dolo y la culpa en la *iniuria*», por María José BRAVO BOSCH, pág. 81.
- «Universidad y sociedad: el Derecho romano ante el Espacio Europeo de Educación Superior», por Consuelo CARRASCO GARCÍA, pág. 95.
- «El debate actual sobre la protección social de los trabajadores como límite a la libre prestación de servicios en el mercado interior de la Unión Europea», por Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, pág. 107.
- «Las consecuencias de la globalización: ¿desintegración o transformación del Derecho del Trabajo?», por Bruno CARUSO, pág. 117.
- «La internacionalización de los derechos fundamentales de la Constitución española», por Luis CASTILLO CÓRDOVA, pág. 131.
- «Especialidades procesales de los indios y su sustrato romanístico», por Francisco CUENA BOY, pág. 157.
- «*Plus quam annua ac semestris*», por Gustavo DE LAS HERAS SÁNCHEZ y Gema POLO TORIBIO, pág. 169.
- «Las nuevas telecomunicaciones y el tránsito de la administración prestacional a la administración electrónica», por Carlos E. DELPIAZZO, pág. 177.
- «Las cooperativas de iniciativa social», por Angélica DÍAZ DE LA ROSA, pág. 201.
- «El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial», por M.^a Teresa DUPLÁ MARÍN y Dolores BARDAJÍ GÁLVEZ, pág. 211.
- «La naturaleza arbitraria de la *actio de eo quod certo loco*», por Margarita FUENTESECA DEGENEFFE, pág. 231.
- «*Deferre ad Senatium*», por Julio GARCÍA CAMINAS, pág. 241.

- «Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia», por Sonia GARCÍA VÁZQUEZ, pág. 257.
- «Neutralidad y escuela pública: a propósito de la educación para la ciudadanía», por M.^a del Carmen GARCIMARTÍN MONTERO, pág. 279.
- «Carl Schmitt e la “Wissenschaft des römischen Rechts”. Saggio su un cantore della scienza giuridica europea», por Luigi GAROFALO, pág. 299.
- «La *litis aestimatio* en los procesos de *repetundis ex lege cornelia*», por José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS, pág. 325.
- «En torno a la injuria cometida contra el esclavo dado en usufructo», por Macarena GUERRERO LEBRÓN, pág. 337.
- «Traité de Paix de Trianon et la protection des minorités en Hongrie», por Gabor HAMZA, pág. 349.
- «El reconocimiento y la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales frente a las omisiones estatales. Los límites presupuestarios», por Miriam M. IVANEGA y Pablo GUTIÉRREZ COLANTUONO, pág. 359.
- «¿Tendrá incidencia en el Derecho del Trabajo francés la nueva definición de discapacidad del Derecho Comunitario?», por Francis KESSLER, pág. 377.
- «El impacto de la globalización sobre la estructura de las relaciones laborales en Alemania», por Eva KOCHER, pág. 385.
- «El cliente de servicios de pago: contratación de tarjetas y responsabilidad en el sistema de pagos», por María R. LLÁCER MATACÁS, pág. 397.
- «Libertad de expresión y partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», por Antonio Magdaleno ALEGRÍA, pág. 431.
- «El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del Proyecto de ley del Estatuto del Trabajo autónomo», por M.^a de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO, pág. 451.
- «El prestamismo laboral en Alemania. Estudio comparativo con la regulación española sobre cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», por Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, pág. 485.
- «Administración pública para la democracia», por José Luis MEILÁN GIL, pág. 493.
- «Clérigos como tutores y curadores en época preconstantiniana (Cypr., Epist., 1)», por Rosa MENTXAKA, pág. 507.
- «Neocostituzionalismo e democrazia», por Giovanni MESSINA, pág. 527.

- «Quebrados *ex vitio* e inmunidad eclesiástica», por Emma MONTANOS FERRÍN, pág. 561.
- «XXV Aniversario de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25-11-1981: balance y retos», por Gloria M. MORÁN, pág. 577.
- «El papel de las ONG en defensa de los derechos de las personas dependientes», por Susana MOSQUERA, pág. 599.
- «La contribución de la Comisión del Codex Alimentarius, de la Oficina Internacional de Epizootias y de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria para la creación de un Derecho internacional alimentario», por Gabriela ALEXANDRA OANTA, pág. 619.
- «Las sanciones disciplinarias impuestas por los colegios de abogados: su revisión judicial (un análisis doctrinal a partir de los motivos más comunes de impugnación de una sanción colegial)», por José Ricardo PARDO GATO, pág. 641.
- «El consentimiento en la experimentación con seres humanos. El caso de los ensayos clínicos», por Ángel Pelayo GONZÁLEZ-TORRE, pág. 681.
- «En torno al criterio jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito contractual», por Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, pág. 697.
- «Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en Derecho Romano y su recepción en Derecho Histórico español y en el vigente Código Civil», por Eva María POLO ARÉVALO, pág. 719.
- «Algunas consideraciones en torno a la seguridad, el desarrollo y las migraciones internacionales a la luz del sistema interamericano», por Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ, pág. 741.
- «Algunos apuntes sobre el carácter retórico de la crítica al Derecho penal del enemigo», por José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, pág. 761.
- «Una lectura de D.2,15,3 pr. (*Scaevola libro primo digestorum*) y D.2,15,14 (*Scaevola libro secundo responsorum*)», por César RASCÓN GARCÍA, pág. 775.
- «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por L. Fernando REGLERO CAMPOS, pág. 785.
- «Las relaciones pesqueras hispano-marroquíes: hacia dónde camina el Acuerdo de 2006», por Adela REY ANEIRO, pág. 815.
- «La reforma del Estado de bienestar», por Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 827.
- «La larga lucha hacia la igualdad femenina», por Luis RODRÍGUEZ-ENNES, pág. 839.
- «La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social», por Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, pág. 855.

- «Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística», por Lourdes SALOMÓN, pág. 885.
- «Aproximación al régimen jurídico sobre los parques eólicos marinos: una asignatura pendiente», por Francisco Javier SANZ LARRUGA, pág. 899.
- «La aportación jurisprudencial de los dictámenes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», por José Manuel SOBRINO HEREDIA, pág. 925.
- «Fundamentos del Derecho Europeo (Derecho Romano-Ciencia del Derecho-Derecho europeo)», por Armando TORRENT RUIZ, pág. 941.
- «Brasil: 20 anos de redemocratização. Uma análise da Constituição Federal de 1988 a partir da teoria dos sistemas sociais», por Breno Gustavo VALADARES LINS, pág. 997.
- «Schutz des Eigentums in Polen im Kontext des Wandels nach dem Jahr 1989», por Dajczak WOJCIECH, pág. 1013.
- «La estructura de las relaciones laborales en Alemania», por Ulrich ZACHERT, pág. 1029.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (2007)

- «El lugar y la función (del derecho) de la Organización Mundial del Comercio en el orden jurídico internacional», por P. LAMY, pág. 11.
- «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos», por Jaume FERRER LLORET, pág. 29.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II.—LESIONES A LAS PERSONAS Y DAÑOS A LOS BIENES EN EL TERRITORIO DEL ESTADO DEL FORO: 1. DEL PROYECTO DE 1991 A LA CONVENCIÓN DE 2004. 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. 3. LAS SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO: LOS ASUNTOS PLANTEADOS ANTE LOS TRIBUNALES DE GRECIA.—IV. LA JURISDICCIÓN CIVIL UNIVERSAL ANTE VIOLACIONES GRAVES DE LOS DH Y LA IJ DEL ESTADO: 1. UN TEMA NO REGULADO EN LA CONVENCIÓN DE 2004. 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. 3. LA PRÁCTICA MÁS RECIENTE DE LOS TRIBUNALES INTERNOS: A) *La práctica de Estados Unidos en su particular —y unilateral— combate contra el terrorismo internacional*. B) *En el asunto Ferrini (Italia) se admite la excepción a la IJ con efecto extraterritorial*. C) *La práctica del resto de Estados no confirma una excepción de alcance extraterritorial*.—IV. VALORACIÓN Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

- «Las líneas de base en el Mar Mediterráneo: ¿discrecionalidad o arbitrariedad en la acción estatal?», por Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ, pág. 65.

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS LÍNEAS DE BASE APLICABLES EN EL MEDITERRÁNEO: 1. CONCEPTO DE LÍNEA DE BASE Y SU RELEVANCIA EN EL MEDITERRÁNEO. 2. LA LÍNEA DE BAJAMAR. 3. EL SISTEMA DE LAS LÍNEAS DE BASE RECTAS. 4. LA LÍNEA DE CIERRE DE LAS BAHÍAS. 5. LA VALIDEZ DE LAS LÍNEAS DE BASE.—II. LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS DEL MEDITERRÁNEO EN RELACIÓN CON EL ESTABLECIMIENTO DE LÍNEAS DE BASE: 1. ENTRE LA DISCRECIONALIDAD... 2. ...Y LA ARBITRARIEDAD: A) *Marruecos*. B) *Italia*. C) *Túnez*. D) *Libia*. E) *Chipre*.—III. CONSIDERACIONES FINALES.

«El nuevo Derecho Internacional Privado de la inmigración», por Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, pág. 103.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES VINCULADAS CON LA INMIGRACIÓN.—3. DERECHO DE LA INMIGRACIÓN Y SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 3.1. PILARES DEL DERECHO DE LA INMIGRACIÓN: CONTROL, COOPERACIÓN E INTEGRACIÓN. 3.2. EL DERECHO DE LA INMIGRACIÓN COMO RAMA DEL DERECHO SOCIAL.—4. LA INTEGRACIÓN COMO FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INMIGRACIÓN Y TÉCNICAS DE REGLAMENTACIÓN: 4.1. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CLÁSICO ANTE LA INMIGRACIÓN. 4.2. LA INTEGRACIÓN EN EL PAÍS DE ORIGEN Y EN EL PAÍS DE ACOGIDA. 4.3. EL «MÉTODO DEL RECONOCIMIENTO».—5. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Número 59 (2005)

«Bem de família no novo Código Civil e o registro de imóveis», por Ademar FIORANELLI, pág. 13.

«Direito Registral Imobiliário: enfoque jus-pedagógico», por Alvaro MELOFILHO, pág. 29.

«Aspectos técnicos do cadastro e limites imobiliários», por Andrea F. T. CARNEIRO e Rejane Maria RODRIGUES DE LUNA, pág. 46.

«Algumas considerações sobre posse, usucapiao e justo título à luz do novo Código Civil», por Armando Antonio LOTTI, pág. 61.

«Algumas considerações sobre a execução trabalhista - Indisponibilidade de bens na execução fiscal (dívida ativa da Uniao)», por Édson SILVA TRINDADE, pág. 68.

«Expedição de Certidoes pelo Registro Imobiliário», por Eduardo PACHECO RIBEIRO DE SOUZA, pág. 75.

«Responsabilidade civil dos notários e registradores», por Jéverson Luís BOTTEGA, pág. 86.

- «O direito real de habitação no direito das sucessões», por Luciano LOPES PASSARELLI, pág. 97.
- «Do procedimento de retificação administrativa no registro de imóveis: um desafio a ser enfrentado», por Luiz Egon RICHTER, pág. 134.
- «O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária - Umna visao crítica da lei», por Mauro Antonio ROCHA, pág. 153.
- «Demarcação dos terrenos de Marinha e seus acrescidos», por Obéde PEREIRA DE LIMA e Jürgen WILHELM PHILIPS, pág. 166.
- «Penhora - Alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro», por Sergio JACOMINO, pág. 194.
- «O direito de propriedade, o Código Florestal e o Registro de Imóveis», por Ulysses DA SILVA, pág. 203.
- «O sistema registal germánico», por Mónica JARDIM, pág. 213.